Beiträge zum § 197 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt.

Ernst Strauß.

Breslau
Druck von Emil Winter
1908.

Beiträge zum § 197 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt.

Ernst Strauß.

Breslau
Druck von Emil Winter
1908.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität.

Professor Dr. Gretener, Geheimer Justizrat.

Professor Dr. Brie, Geheimer Justizrat.

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Verzeichnis:

Literatur-Verzeichnis.

v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. Berlin 1882.

Beling, Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. Breslau 1900.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1, 1885.

— Lehrbuch des gem. d. Strafrechts. Bes. Teil. Bd. 1 u. 2.

Bluntschli, Politik und Moral (im Staatswörterbuch, Band 8, 1864).

v. Calker, Politik als Wissenschaft. 1898.

Escher, Handbuch der praktischen Politik. Leipzig 1863.

Frank, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1897.

Freudenstein, System des Rechts der Ehrenkränkungen. 1884.

Fröbel, Theorie der Politik. Wien 1861.

Fuchs, Anklage und Antragsdelikte. Breslau 1873.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht München 1884.

— Abhandlung in der Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 24, S. 438.

Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, Band I bis III, 1868 bis 1881.

— Grundbegriffe des Staatsrechts.

Greteuer, Russischer Literaturbericht i. d. Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 4, S. 297.

Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht.

— System des Preußischen Strafrechts.

Hausmann, Die Beleidigung gesetzgebender Versammlungen ꝛc. München 1902.

Held, Politik und Moral (in Rotteck u. Welckers Staatslexikon, Bd. 11, 3. Aufl., 1864).

Herbart, Allgemeine praktische Philosophie (Ausgabe Hartenstein). Bd. 8. Leipzig 1851.

v. Hertling, Politik (in Bruders Staatslexikon, Bd. 4).

Herzberg, Ermächtigungsdelikte. Gleiwitz 1904.

Holtzendorff, Die Prinzipien der Politik. Berlin 1869.

Jellinek, Allgemeine Staatslehre. Berlin 1900.

— System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg i. B. 1892.

Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg 1797.

Klebs, Aufsatz in Goltdammers Archiv, Bd. XIX.

van Krieken, Die sogen. organische Staatstheorie. Leipzig 1873.
v. Kries, Prozeßvoraussetzungen, i. d. Zeitschrift für d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 5, S. 1 ff.
Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 4. Aufl., 1901.
— Das Staatsrecht des deutschen Reiches (in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts. 2. Bd., Abt. I).
Lammasch, Über Zweck und Mittel der Strafe. (Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 9, S. 427).
Lehmann, Lehre vom Strafantrag. 1881.
v. Lißt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 11. Aufl.
Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50). Breslau 1903.
Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Berlin 1895.
Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 5. Aufl.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
— Über das gemeine deutsche Strafrecht von Hälschner &c. (Zeitschrift f. d. g. Strafrechtsw., Bd. 1, 1881).
v. Mohl, Geschichte und Literatur d. Staatswissenschaften. Erlangen 1885 ff.
— Encyklopädie der Staatswissenschaften. 2. Aufl. Tübingen 1872.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin 1905.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 13. Aufl. 1896.
Preuß, Gemeinde, Staat, Reich.
Reber, Antragsdelikte. München 1873.
Rehm, Geschichte der Staatswissenschaft, Einleitungsband, Abt. I zum Handbuch des öffentlichen Rechts von Maquardsen.
Röder, Rechtsphilosophie. 2. Aufl.
Roller, Grundsätze der Staatswissenschaft, 1864.
Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. (Annalen des deutschen Reichs, 1883).
— Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1886.
Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 4. Aufl. (Stenglein 1892).
Schäffle, Über den wissenschaftlichen Begriff der Politik. (Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft, Bd. 53).
Schmidt, Hand- u. Lehrbuch der Staatswissenschaften von Heckel. 3. Abt., Bd. 1.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl.
v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 5. Aufl.
Sonntag, Beitrag zur Lehre von der Strafe. (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 1, S. 480).
Stoß, Zur Natur des Strafantrags. (Jur. Zeitung, Bd. 7).
A. H. Zachariä, Von den Verbrechen, welche nur auf Antrag &c. (Archiv des Kriminalrechts 1845, S. 566 und 1847, S. 147).
Zöpfl, Deutsches Staatsrecht. 6. Aufl.
Zorn, Das Staatsrecht des deutschen Reichs. 2. Aufl. 1897.

Einleitung.

Der § 197 des Reichsstrafgesetzbuchs lautet:

Eines Antrages bedarf es nicht, wenn die Beleidigung gegen eine gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaats oder gegen eine andere politische Körperschaft begangen worden ist. Dieselbe darf jedoch nur mit Ermächtigung der beleidigten Körperschaft verfolgt werden.

Das Strafgesetzbuch macht allgemein die Verfolgung der Beleidigung von dem Antrage des Verletzten abhängig. Hiervon stellt es im § 197 eine Ausnahme auf, indem es in gewissen Fällen die Verfolgung der Beleidigung von einer Ermächtigung anstatt von einem Antrage abhängig macht.

Im Folgenden soll zwecks besserer Erkenntnis des Wesens der Ermächtigung untersucht werden, welcher Art das Delikt ist, dessen Verfolgung durch dieses Erfordernis bedingt ist, welche Personen das Objekt dieses Delikts sind und welches das Verhältnis des Antrags zur Ermächtigung ist.

§ 1.

Das Ermächtigungserfordernis findet sich außer im § 197 St. G. B. noch an zwei Stellen des geltenden Strafrechts, nämlich in §§ 99 und 101 des St. G. B. Der Ausdruck Ermächtigung findet sich allerdings in fast allen Gebieten der Gesetzgebung, so z. B. in den §§ 112, 113, 1358, 1321 des B. G. B., §§ 887, 51, 54, 56 C. P. O., § 254, 302 H. G. B., § 344

St. P. O., § 2 des sogenannten Depotgesetzes,[1]) § 53 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und an andern Stellen. In den Fällen des Vorkommens dieses Wortes handelt es sich jedoch um sehr verschiedenartige Dinge. So wird die Ermächtigung der §§ 112, 113 B. G. B. von Privatperson zu Privatperson, die des § 1358 B. G. B. von Behörde zu Privatperson, und die des § 1321 B. G. B. von Behörde zu Behörde erteilt.

Ebenso ist die Ermächtigung des St. G. B. von der der St. P. O. zu unterscheiden.

Die Ermächtigung des Strafgesetzbuchs ist jedoch in den drei Stellen ihres Vorkommens als dasselbe Institut zu erkennen. Die genannten §§ 99 und 101 lauten:

> § 99. Wer außer dem Falle des § 95 einen Bundesfürsten beleidigt, wird mit Gefängnis von einem Monat bis zu drei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Die Verfolgung tritt nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein.
>
> § 101. Wer außer dem Falle des § 97 den Regenten eines Bundesstaates beleidigt, wird mit Gefängnis von einer Woche bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft, die Verfolgung tritt nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein.

Die §§ 99 und 101 handeln also von der Beleidigung eines Bundesfürsten oder Regenten eines Bundesstaates, und zwar außer den Fällen der §§ 95 und 97. Diese letzteren betreffen den Kaiser, den eigenen Landesherrn oder den Landesherrn des Bundesstaates, in welchem sich der Beleidiger aufhält (§ 95) bezw. den Regenten des eigenen Bundesstaates oder des Bundesstaates des Aufenthalts (§ 97). Wir wollen im Folgenden die in § 99 und § 101 geschützten Fürsten kurz „fremde Bundesfürsten bezw. Regenten“ nennen, wobei also

[1]) R. G. v. 5. Juli 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere.

fremd in diesem Sinne nicht der Bundesfürst oder Regent des Aufenthaltsstaates ist.

Die Schlußsätze der §§ 99 und 101 stimmen wörtlich überein, der Schlußsatz des § 197 weicht von ihnen einigermaßen ab, doch ist die Bedeutung der Schlußsätze absolut die gleiche. Im §§ 99 und 101 ist die Schlußformel analog der gebräuchlichen Einführung des Antragserfordernisses nachgebildet, vgl. §§ 102, 103, bes. 104, 182, 194 u. a. des St. G. B. (§ 104 „die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Beleidigten ein" § 99 „die Verfolgung tritt nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein").

In diesem befehlenden „tritt ein" liegt zugleich die Betonung, daß die Verfolgung bei Vorliegen der Ermächtigung eintreten muß.

§ 197 dagegen hat das Offizialprinzip in Satz 1 ausdrücklich aufgestellt, in dem es die Notwendigkeit eines Strafantrages ausschloß. Es ist deshalb aus rein sprachlichen Rücksichten in Satz 2 eine nochmalige Betonung des „muß" vermieden und mit einem „darf nur" genug getan. Es bietet sonach der Wortlaut des Gesetzes keinen Anlaß, an der Gleichartigkeit der Ermächtigung in §§ 99, 101 einerseits und § 197 andrerseits zu zweifeln, wenn man nicht einen groben gesetzgebungstechnischen Fehler annehmen will; noch klarer aber erhellt die Identität des Erfordernisses aus der Herkunft der Ermächtigung in §§ 99 und 101.

Die §§ 97 und 99 des Entwurfes [2]) von 1869, welche denselben Inhalt wie § 99 und § 101 des Strafgesetzbuchs hatten, behandelten die Beleidigung des fremden Bundesfürsten bezw. Regenten als Offizialdelikte, wie die andern Fälle der Majestätsbeleidigung — in diesem Sinne die Abschnitte 2 und 3 des St. G. B. umfassend —, während der dem § 197 des Gesetzes entsprechende § 192 des besagten Entwurfes bereits die heutige Fassung und besonders das Ermächtigungserfordernis

---

[2]) Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund vom 31. Dezember 1869.

hatte. Auf Antrag des Abgeordneten v. Lück wurde durch Beschluß des Reichstages das aus § 192 bezw. 197 schon bekannte Ermächtigungserfordernis auch für die Fälle der §§ 97 und 99 bezw. 99 und 101 eingeführt.[3]) Nun ist im § 197 ein offener Gegensatz zwischen Antrag und Ermächtigung ausgesprochen. Dieses Gegensatzes ist sich aber der Gesetzgeber auch bei der Formulierung des jetzigen § 99 und 101 bewußt gewesen; denn dem Antrage v. Lück hatte ein Antrag Meyer-Thorn entgegengestanden, welcher die Verfolgung dieser Fälle von einem Antrage abhängig machen wollte.[4])

Hiernach ist es ganz ausgeschlossen, daß das Wort Ermächtigung in den §§ 99 und 101 nur ein anderer Ausdruck etwa für „Antrag" sein könnte, den man vielleicht aus Höflichkeit gewählt hätte; denn alsdann würde nicht nur die Vokabel, Ermächtigung zweierlei bezeichnen — nämlich in § 197 etwas anderes als den Antrag und in §§ 99, 101 eben diesen — sondern auch für den Begriff „Antrag" zwei Namen bestehen; und diese Verwirrung bestände nicht nur in ein und demselben Gesetze, sondern wäre vom Gesetzgeber mit vollem Bewußtsein verursacht worden. Es ist daher wohl zweifelsohne die Ermächtigung der §§ 99, 101 und 197 ein und dasselbe Erfordernis. Auch liegen die Straftaten, welche das Gesetz als Ermächtigungsfälle ausgezeichnet hat, auf ein und demselben Gebiete: es sind drei Fälle der Beleidigung.[5]) Das Strafgesetzbuch handelt von der Beleidigung im Abschnitt 14, daneben hebt es in den Abschnitten 2 und 3 die Beleidigung des Landesherrn und die Beleidigung von Bundesfürsten hervor — welche man in der Wissenschaft miteinander und mit der Begehung von Tätlichkeiten gegen die bezeichneten Personen als Majestätsbeleidigungen zusammenzufassen pflegt.[6]) Der § 197

[3]) Herzberg, Ermächtigungsdelikte, Gleiwitz 1904, S. 8.

[4]) Stenographische Berichte des Reichstags der Session 1870, S. 381, vergl. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1905, Bd. I, S. 396, Anm. 2 zu § 99.

[5]) Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., § 50 a. E.

[6]) Die Rubrizierung der Abschnitte 2 und 3 ist nicht glücklich und wird getadelt. Vgl. Schütze, a. a. O. 63, Anm. 1, Olshausen, Kommentar zum

findet sich im 14. Abschnitt, die §§ 99 und 101 im 3. Abschnitt. Der Begriff der Beleidigung ist jedoch in den drei Paragraphen derselbe — mit einer geringen, praktisch unbeachtlichen Abweichung.

Die Bedeutung des Wortes Beleidigung ist im Strafgesetzbuche nicht überall gleich. So begreift die Überschrift über Abschnitt 14 „Beleidigung" die Fälle der §§ 185 — Beleidigung im engeren Sinne oder einfache Beleidigung[7]), — 186 — üble Nachrede „wegen Beleidigung" zu strafen — und 187 — verleumderische Beleidigung. Die verleumderische Beleidigung begreift aber ihrerseits Fälle der Kreditgefährdung durch Verleumdung, welche unter den Begriff der Beleidigung im engeren Sinne (§ 185) nicht fallen. Ferner deckt die Überschrift „Beleidigung" des 14. Abschnitts den § 189, Beschimpfung Verstorbener, mit, welcher unter der Beleidigung im engeren Sinne nicht unterzubringen ist. Die Kreditverleumdung (wenn man so sagen darf) und die Beschimpfung Verstorbener sind dennoch heterogene Bestandteile, welche der Beleidigung im engeren Sinne fremd sind, von der Beleidigung im weiteren Sinne aber mitumfaßt werden.

Welchen Sinn hat nun die Beleidigung in § 197 einerseits und in den §§ 99, 101 andrerseits?

Die §§ 188, 190 bis 200 — sämtlich im 14. Abschnitt — brauchen durchweg das Wort Beleidigung und zwar meist ohne nähere Angabe des Sinnes. Man wird nach ihrer Stellung hinter den §§ 185 bis 187, 189, sowie unter der gemeinsamen Überschrift, ferner deshalb, weil sie ersichtlich allgemeine Bestimmungen enthalten, in jedem dieser Paragraphen die Beleidigung im weitestmöglichen Sinne verstehen müssen. Einschränkungen ergibt

Strafgesetzbuch, Band 1, Anm. 1 vor § 94. Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, S. 129.

[7]) § 185 enthält die Beleidigung im engeren Sinne (Gegensatz: Die Beleidigung im weiteren Sinne der Überschrift des Abschnitts 14), welche als Ehrverletzung die Fälle der §§ 186, 187 mitenthält, ohne die im § 187 (und 189) zu findenden heterogenen Bestandteile. Eine Unterabteilung der Beleidigung (im engeren wie im weiteren Sinne) ist die einfache Beleidigung, nämlich die nur nach § 185 zu strafende Beleidigung, im Gegensatze zu den qualifizierten Fällen der üblen Nachrede und der Verleumdung.

aber fast jeder Paragraph von selbst. § 194 betrifft die Beleidigung im weitesten Sinne, ebenso § 200 und § 193. § 188 beschränkt sich selbst auf die Fälle der §§ 186, 187, ebenso die §§ 190, 191 durch ihren Inhalt. Ferner ist zweifellos, daß § 195 und § 196 nur auf die Fälle der Beleidigung Lebender passen, sie handeln also nicht von der Beleidigung nach § 189, dasselbe muß von § 198, wechselseitige Beleidigungen, gelten. § 199, die auf der Stelle erwiderten Beleidigungen betreffend, kann nach der Natur der qualifizierten Fälle 186 und 187 nur die einfache Beleidigung, also § 185 umfassen. In derselben Weise wird auch der Umfang der Beleidigung in § 197 zu bestimmen sein. Grundsätzlich verstehen wir darunter die Beleidigung im weitesten Sinne, aus der Natur der Sache folgt jedoch die Ausschaltung der Beleidigung nach § 189 — Beschimpfung Verstorbener —, ebenso aber auch für den heutigen Rechtszustand die Ausschaltung der Kreditgefährdung. Wenn diese auch dem Begriffe der gesetzgebenden Versammlung oder der politischen Körperschaft nicht in adjecto widerspricht, so ist doch eine Gefährdung des Kredits derselben völlig unpraktisch, da sie wohl überhaupt einen Kredit nicht haben.[8])

Wenn man daher auch formell nicht leugnen kann, daß die Beleidigung des § 197 Beleidigung im weiteren Sinne ist, so liegt ihr doch kein anderer Sinn praktisch unter, als der der Beleidigung im engeren Sinne, also im Sinne des § 185, (welcher aber, wie bemerkt, § 186 und § 187 ohne die Kreditgefährdung enthält).

Nach der herrschenden Meinung ist nun aber die Beleidigung der Abschnitte 2 und 3 nichts anderes, als die Beleidigung im Sinne des § 185.[9])

Schütze, welcher anderer Ansicht ist, führt aus:

Beleidigung im 2. und 3. Abschnitt bezeichne „jeden nichttätlichen, sondern durch Wort, Zeichen, Schrift, Druck, bildliche

---

[8]) so, wenn man unter den politischen Körperschaften nicht die Gemeinden selbst, sondern nur ihre Organe versteht, s. weiter unten.

[9]) Vgl. Olshausen a. a. O. Anm. 2 zu § 95 und die dort zitierten.

Darstellung, Telegramm usw. kundgegebenen Angriff auf deren (der fürstlichen Person) Ehre bezw. vorsätzliche Verletzung der jenen Personen je nach deren Stellung geschuldeten Ehrerbietung, mithin mehr als den in Abschn. 14 des St. G. B. vorausgesetzten Begriff der gemeinen Beleidigung oder Ehrverletzung."[10]) Den Begriff der letzteren begründet er aber wie folgt: „Ehre ist nämlich nach heutiger wie althergebrachter deutsch-rechtlicher Auffassung: Der einem Individuum zustehende Anspruch darauf, von den Rechtsgenossen als vollwertige Persönlichkeit anerkannt zu sein, m. a. W. auf Geltung als solche."[11]) „Nach altgermanischem Recht ist im Vollbesitz der Ehre . . . . die freie Persönlichkeit, welche als den Anforderungen ihres Standes und Berufs zu genügen fähig und tatsächlich bestrebt sich bewährt."[12]) „Ehrverletzung oder Beleidigung im weiteren Sinne ist die vorsätzliche Kundgebung (Handl. oder Unterl.), durch welche Jemand wissentlich eines anderen Ehre (d. h. dessen Anspruch auf Anerkennnng seines vollgültigen Werts als Persönlichkeit) angreift."[13])

Ohne zu diesen Ausführungen im Einzelnen Stellung zu nehmen, soll hier nur untersucht werden, worin denn nun nach Schütze selbst das Mehr der Majestätsbeleidigung[14]) gegenüber der gemeinen Beleidigung liegen soll.

Es kann nicht im ersten Satze der Erklärung der Majestätsbeleidigung liegen. Denn „Ehrverletzung ist die . . . . Kundgebung, durch welche Jemand . . . . Ehre angreift," Majestätsbeleidigung nach dem ersten Satze „kundgegebener Angriff auf . . . . Ehre." Das ist ein und dasselbe. Das eine Mal handelt es sich nur um „eines anderen" Ehre, das andre Mal um die Ehre „der fürstlichen Person." Da diese aber in den Majestätsbeleidigungsparagraphen anderweit hervor-

---

[10]) Schütze a. a. O. S. 250 zu Anm. 13.

[11]) ebenda S. 349 zu Anm. 2.

[12]) ebenda S. 349.

[13]) ebenda S. 354.

[14]) Es sei in den folgenden Zeilen erlaubt, die Beleidigung der Abschn. 2 und 3 kurz als Majestätsbeleidigung zu bezeichnen, ob wohl dieser Ausdruck sonst mehr begreift.

gehoben sind, ist es entbehrlich, diesen Unterschied in den Begriff der Beleidigung zu legen. Daß aber die Ehre des Fürsten nicht wesensverschieden von der Ehre eines anderen Menschen ist, sondern sich nur dem Grade nach von ihr unterscheiden kann, werde ich weiter unten auszuführen suchen.

Mithin ist anzunehmen, daß das Wörtchen „bezw." in der Definition der Majestätsbeleidigung nicht nur das Vorhergehende erklären, d. h. mit anderen Worten wiederholen soll, sondern daß es ein novum bringe: Denn das Mehr der Majestätsbeleidigung kann nur in dem 2. Satze liegen. Er lautet: „vorsätzliche Verletzung der jenen Personen . . . .[15]) geschuldeten Ehrerbietung." Das Mehr kann nicht in der „Verletzung" gegenüber dem „Angriff" liegen. Diese Worte sollen dasselbe bedeuten. (Die „Verletzung" ist übrigens tatsächlich ein engerer Begriff als der Angriff.) Ebenso könnte das „vorsätzlich" nur einschränken. Das Mehr kann also nur in dem Worte „Ehrerbietung" ausgedrückt sein. Es soll demnach die Verletzung der Ehrerbietung ein weiterer Begriff als die Verletzung der Ehre sein oder wenigstens ersterer Begriff in einem Teile seines Umfanges über den der Ehre hinausgehen. Wie unterscheiden sich nun Ehrerbietung und Ehre? Schütze nennt die Ehre einen „Anspruch", dagegen spricht er von der „geschuldeten" Ehrerbietung. Letztere ist also die Leistung. Es ist nun ein reines Spielen mit Worten, ob man von der Verletzung der Leistung oder von der Verletzung des Anspruchs redet, solange sich Leistung und Anspruch decken. Nach Schütze kann sich also die einem Fürsten geschuldete Ehrerbietung nicht mit dem einem anderen zustehenden Ehranspruche decken. Es muß also auch der Anspruch des Fürsten, also seine Ehre, eine andere, und zwar eine wesensandere sein, als die Ehre eines anderen Menschen. Denn ist die Ehre des Fürsten nur eine größere als die bürgerliche Ehre, so fällt die Majestätsbeleidigung noch

[15]) „je nach deren Stellung." Es wird also mit Recht ein verschiedener Grad von Ehrerbietung als geschuldet angesehen, je nach der Stellung der fürstlichen Personen, was ja auch in den verschiedenen Strafandrohungen Ausdruck findet.

völlig unter die Definition, die Schütze von der gemeinen Ehrverletzung gibt; denn der größeren Ehre der Fürsten wird im Gesetz völlig durch die Qualifizierung der Beleidigung, im Falle es sich um einen Fürsten handelt, Rechnung getragen, während die gemeine Beleidigung als dehnbarer, durch Stand und Beruf des Beleidigten und Beleidigers beeinflußter Begriff, in sich keine Beschränkung enthält, sodaß sie nicht auch die Beleidigung eines ausnehmend Hochgestellten umfassen könnte. Beeinflußt aber — wie nach Schütze — Stand und Beruf die Beurteilung, was im konkreten Falle Beleidigung sei, so wird auch die Ehre durch Stand und Beruf beeinflußt, denn die Beleidigung ist abhängig von der Ehre. Es kann aber alsdann nur willkürlich sein, die Ehre eines Fürsten mit Rücksicht auf den besonders hohen Stand und Beruf desselben für etwas wesentlich anderes anzusehen, als die Ehre anderer Menschen. Noch schlimmer wird diese Willkür durch das Anerkenntnis, daß auch innerhalb der Majestätsbeleidigung je nach der Stellung der Fürstlichkeiten das Maß der geschuldeten Ehrerbietung verschieden ist. Kann ich sonach einen wesentlichen Unterschied zwischen der Ehre der in Abschnitt 2 und 3 geschätzten Personen von der Ehre anderer Personen nicht erkennen, so vermag ich auch einen Unterschied im Wesen der Beleidigung hier und da nicht zu finden.

In § 197 handelt es sich jedoch um die Beleidigung von Personengesamtheiten. Es ließe sich daher von der Streitfrage aus, ob eine solche nach dem allgemeinen Begriff von Beleidigung und Ehre überhaupt denkbar sei, ein Unterschied zwischen der in § 185 und der in § 197 geschützten Ehre behaupten: in dem jene als wahre menschliche Ehre, diese als Fiktion hingestellt würde.

Zweifellos kann eine Beleidigung materiell sich nur gegen Träger von Ehre richten. Wo keine Ehre, da keine Beleidigungsfähigkeit. Anerkannt ist von der herrschenden Meinung ferner, daß diese Ehre ein Rechtsgut ist, welches die sittliche Würde des Menschen zur Grundlage hat, aber von dieser selbst verschieden, daher sie auch als „äußere Ehre“ jener als der

„inneren Ehre" gegenüber gestellt wird. Voraussetzung der Beleidigungsfähigkeit ist also das Vorhandensein sittlicher Würde als Grundlage der Ehre und Anerkennung dieser Ehre durch das Recht als Rechtsgut; daher Sklaven und Ehrlose, denen das Recht dieses Gut versagt, trotz ihrer sittlichen Würde nicht beleidigungsfähig sind. Andrerseits würde die Anerkennung „äußerer Ehre" durch das Recht beim Mangel einer sittlichen Würde nur eine formelle Beleidigungsfähigkeit, eine fiktive Ehre schaffen, z. B. wenn das Recht die Beleidigung eines Pferdes mit Strafe bedrohte. Ist nun eine Personengesamtheit als solche sittlicher Würde nicht teilhaftig, so kann selbst bei der unstreitigen gesetzlichen Anerkennung der Beleidigungsfähigkeit einer solchen in § 196 [16]) und § 197 St. G. B. eine wahre Ehre derselben nicht vorhanden sein, daher auch die Beleidigung derselben nicht mit der Beleidigung einer sittlicher Würde teilhaftigen Person wesensgleich sein: es bliebe eine fingierte Beleidigung. Etwas anderes ist die Frage, ob durch Beschimpfung einer Korporation, deren Mitglieder beleidigt werden können; diese Frage ist durch die Feststellung, daß unter einer Kollektivbezeichnung eine Mehrheit von Personen beleidigt werden kann, einstimmig bejaht. [17]) Dagegegen ist unsere Frage, ob einer Personengesamtheit eine von der sittlichen Würde ihrer Mitglieder verschiedene Würde und damit — bei Anerkennung durch das Recht — Ehre zukomme, verschieden be-

[16]) § 196 handelt von der Beleidigung einer Behörde. Eine solche kann auch ein Einzelbeamter sein. So wenig die Beleidigung einer sogestalteten Behörde ein anderes Objekt als diesen Einzelbeamten hat, so wenig braucht man als Objekt der Beleidigung einer Kollegialbehörde oder einer gesetzgebenden Versammlung etwas außerhalb der sie zusammensetzenden Personen Stehendes anzunehmen. Die Annahme, daß etwa „das Amt" oder „die Staatseinrichtung des Abgeordnetenhauses" Objekt der Beleidigung sei, wäre ein unverdientes Mißtrauensvotum für den Gesetzgeber.

[17]) Vgl. Olshausen, Bd. 1, S. 712, Nr. 10b. Hugo Meyer, Lehrbuch S. 519 zu Anm. 24. Schütze, S. 355, Anm. 3b. Geyer, a. a. O. bes. Teil, S. 36. Freudenstein, Das Recht der Ehrenkränkungen, S. 53. Frank, S. 223 III. Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht, Band 2, 1, S. 167. v. Schwarze, S. 543. v. Lißt, S. 342. Berner, S. 479. Oppenhoff, Anm. 6. Rüdorff zu § 185, Nr. 13.

antwortet.[18]) Sie dürfte zu bejahen sein. Die Frage nach der sittlichen Würde einer Verbandsperson hängt innig zusammen mit der Frage nach dem Wesen der Verbandsperson überhaupt. Diese Frage gehört weder dem Strafrecht noch etwa dem Zivilrecht allein an, sondern ist eine jedes Gebiet des Rechts beeinflussende Frage der allgemeinen Rechtslehre.

Als heutzutage herrschende Meinung darf nun wohl die von Beseler und Gierke begründete Theorie der realen Verbandspersönlichkeit gelten. Wenn wir nun aber von Gierke ausgehend anerkennen, daß die Verbandsperson etwas von den ihr zu Grunde liegenden einzelnen physischen Personen Verschiedenes und auch mehr als die Summe der Mitglieder, also auch etwas von sämtlichen Mitgliedern Verschiedenes ist, so ist zunächst außer Zweifel, daß dieses Wesen auch Eigenschaften und Wirkungen haben kann, welche von den Eigenschaften und Wirkungen der es bildenden physischen Personen verschieden sind. Das ist im Gebiete des öffentlichen, wie im Gebiete des Privatrechts anerkannt bezüglich der Rechtsfähigkeit in größerem oder geringerem Umfange. Wenn nun eine Verbandsperson[19]) als solche begrifflich Rechte haben kann, so ist sie grundsätzlich auch des formellen Ehrbegriffs, d. h. des durch das Recht verliehenen Guts der Ehre fähig. Aber das Recht kennt auch

[18]) Sie wird verneint durch Berner, S. 479. Oppenhoff, zu § 185, Anm. 7. Binding, Lehrbuch, Band 2, S. 186. Meyer, S. 517 (welcher sich fälschlich auf Hälschner beruft.) Schwarze, S. 541. Freudenstein, S. 50. Geyer, bes. Teil, S. 36. Sie wird bedingt bejaht durch Schütze, S. 356 („Die öffentlich rechtliche mit bestimmter Geltung im Rechtsleben ausgestattete juristische Person kann beleidigt werden, nicht die privat- d. h. vermögensrechtliche.") Frank, S. 223 m („Man wird deshalb bei Kollektivpersönlichkeiten insofern passive Beleidigungsfähigkeit annehmen dürfen, als sie bestimmte soziale Aufgaben nach außen hin zu erfüllen haben und demgemäß nach außen hin als eine Einheit aufgefaßt und beurteilt werden") ferner die bei Lißt zitierten v. Calker, Kohler, Wächter, Rosenfeld. Sie wird bejaht durch Olshausen, S. 713, Nr. 11 und 12, sowie Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht, Band 2 [1], S. 168 f. Rüdorff, § 185, Nr. 13. v. Lißt, S. 341.

[19]) Über deren Verhältnis zur juristischen Person vgl. Preuß, Gemeinde, Staat, Reich, S. 111 ff.

einen Willen der Verbandsperson, welcher von dem der Mitglieder verschieden ist: Die Gesamtperson ist fähig, einen eigenen Willen zu bilden und diesen Willen durch ihre Organe auszuführen. Dieser Wille und seine Ausführung kann nun in Zweck und Mitteln mit der Rechtsordnung wie mit dem Sittengesetz in Übereinstimmung oder im Widerspruch stehen; er unterliegt infolgedessen wie der menschliche Wille rechtlicher und sittlicher Beurteilung. Ich stehe daher nicht an, einer Gesamtperson — da sie einen sittlich zu beurteilenden Willen bildet — sittliche Würde beizulegen.[20] [21]) Daß mit dieser sittlichen Würde die vom Recht anerkannte Rechtspersönlichkeit nichts zu tun hat, ist ersichtlich.[22]) Letztere kann ohne erstere bestehen — vgl. die hereditas iacens und ähnliche Vermögensmassen des Römischen Rechts — erstere ohne letztere, z. B. von Sklaven und Rechtlosen. Abzulehnen ist daher die Einschränkung bei Schütze, S. 355 (s. o.). Aber auch die Frank'sche Ansicht ist zu eng. Die Erfüllung bestimmter sozialer Aufgaben[23]) hat mit der sittlichen Würde begrifflich nichts zu tun. Hier soll nicht unerwähnt bleiben, daß die in § 197 geschützten gesetzgebenden Versammlungen — und damit zum Mindesten auch ein Teil der dort sogenannten politischen Körperschaften —[24]) nicht nur keine juristischen Personen weder des öffentlichen noch des privaten Rechts sind, sondern auch in ihrem Wesen als Körperschaften bestritten sind, ebenso wie auch die Behörden, welche § 196 schützt: vgl. Gierke, Band I, S. 824, 1030.

[20]) Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, Band I, S. 383 „Ehre, Macht und Ansehen der Genossenschaft." Hälschner, S. 169 „Daraus folgt aber nicht, daß die Ehre des Ganzen eine Fiktion, die als Einheit gedachte Summe der Ehre aller Einzelnen sei" rc.

[21]) Meyer, S. 517 sagt ganz richtig: „Ehre kann nur demjenigen zukommen, der einen Willen zu entfalten imstande ist und dem deswegen sittliche Verantwortlichkeit zukommt."

[22]) Hälschner 2[1], S. 168.

[23]) Frank, S. 223, s. o. Anm. 18.

[24]) Was Gierke selbst „politische Körperschaft" nennt, ist etwas ganz anderes, vgl. Band I, S. 866 u. a.

Unter den gesetzgebenden Körperschaften des Reiches und der Bundesstaaten nehmen die Volksrepräsentationen der Zahl nach die erste Stelle ein. Von diesen sagt Gierke: „Die Volksrepräsentation ist überhaupt keine Körperschaft mehr, sondern ein bloßes öffentliches Kollegium. Im Verhältnis zum Volk . . . ein politisches Kollegium; welches in seiner Gesamtheit die an sich der Gesamtheit aller selbständigen Staatsbürger zukommenden politischen Befugnisse ausübt. Im Verhältnis zum Fürsten endlich ist sie weder eine den Staat[25]) mit ihm teilende Landesgemeinde, noch eine mit einem Inbegriff politischer Rechte begabte Korporation, sondern ein Mitorgan des Staates."[26]) Körperschaft ist nach Gierke ein Verband auf genossenschaftlicher Grundlage. Eine Genossenschaft aber erklärt er als nur vorhanden, wenn durch eine selbst gewollte Assoziation ein in seinen Gliedern lebender Organismus mit eigener Gesamtpersönlichkeit entsteht.[27]) Dem steht nicht entgegen, daß er die von ihm sogenannten Zwangsgenossenschaften des österreichischen Gewerbegesetzes von 1859 und des bayrischen Gewerbegesetzes von 1868 als Genossenschaften betrachtet, da ihre Vereinigung ja auch auf dem eigenen, wenn auch nicht freien, Willen der Genossen beruht — quamquam coacti tamen volunt. Anders dagegen bei den Volksrepräsentationen. Die Abgeordneten bilden kraft Gesetzes das Repräsentantenhaus. Sie sind also nach Gierke keine Genossenschaft.

Wenn nun aber Gierke sagt: „Daher vermag auch die Gesamtheit der Repräsentanten ganz allein in den durch die Staatsverfassung vorgeschriebenen Formen als Einheit zur Erscheinung zu kommen; wiche sie davon ab, so wäre sie keine rechtliche Einheit mehr, sondern eine Summe von Individuen,"[28]) so konstatiert er damit zugleich, daß die Volksrepräsentation, solange sie sich in den durch die Staatsverfassung vorgeschriebenen Formen bewegt, als rechtliche Einheit zur Erscheinung

[25]) was wohl soviel wie „Souveränität" bedeuten soll.

[26]) a. a. O. S. 824.

[27]) a. a. O. S. 1030.

[28]) a. a. O. S. 826.

kommt. Diese Einheit ist aber nicht nur handlungsfähig und fähig, einen eigenen Willen zu bilden, sondern besitzt auch eigene Rechte,[29])[30]) wenn wohl auch nur öffentliche,[31]) darunter besonders das Recht der Autonomie.[32]) Insbesondere ist es eine durch nichts bewiesene Behauptung, daß die Repräsentation „die an sich der Gesamtheit aller selbständigen Staatsbürger zukommenden politischen Befugnisse“ ausübe. Die politischen Befugnisse des Staatsbürgers oder der Gesamtheit der Staatsbürger sind nicht die Zustimmung zu den Gesetzen, die Kontrolle der Verwaltung, die Mitwirkung bei der Aufstellung des Staatshaushalts. Die politischen Befugnisse des Staatsbürgers, soweit sie zum Repräsentantenhaus Beziehungen haben, erschöpfen sich in seinem Wahlrecht. Die Teilnahme an der Gesetzgebung, die Kontrolle der Verwaltung &c. sind aber eigene Befugnisse des Repräsentantenhauses, denn dieses ist das Subjekt jener Rechte.[33]) Diese Befugnisse sind auch keineswegs das Recht jedes Abgeordneten oder so verteilt, daß jeder Abgeordnete einen Teil davon besäße und alle zusammen das ganze Recht hätten, sondern das Recht jedes Abgeordneten ist nur ein Mitgliedschaftsrecht[33a]) und die oben besprochenen Rechte ruhen bei dem Willen, welcher innerhalb des Hauses zustande kommt, wie er nur bei einer Gesamtperson zustande kommen kann. Ja in noch höherem Maße als bei den Genossenschaften Gierkes sind wir hier genötigt, eine reale Verbandsperson zu erkennen. Denn wenn bei allen anderen Genossenschaften das Recht der Genossenschaft sich herleiten läßt

---

[29]) Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches (Handbuch des öffentlichen Rechtes II, 1) S. 51 ff.

[30]) Vgl. Art. 23 R. V., Art. 81, 82 V. U., anderer Meinung Jellinek, System der subj. öff. Rechte, S. 213 ff., bes. S. 228: kein Staatsorgan sei Rechtssubjekt.

[31]) Das Reichstagsgebäude, die Bibliothek, Verwaltungsgelder &c. sind nicht als im Eigentum des Reichstages stehend zu betrachten.

[32]) Laband, S. 57, Anm. 7.

[33]) Vgl. Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung in den Annalen des deutschen Reichs, 1883, S. 264 ff., bes. S. 279, § 10.

[33a]) Vgl. Jellinek, System, S. 158, 159.

aus dem Rechte der Genossen, daher viel eher noch als etwa nur eine Summe bei den Genossen einzeln vorhandener Berechtigungen erscheint, so ist eine solche Konstruktion bei dem Repräsentantenhause ausgeschlossen. Nicht von den Mitgliedern erhält dieses das Recht der Staatskontrolle, nicht bringen die Mitglieder ein ihnen von ihren Wählern aufgetragenes Recht der Gesetzgebung mit, um es gemeinschaftlich auszuüben, sodaß das Haus sich im Besitze der Rechte sähe, welche aus der Summe der Befugnisse seiner Mitglieder sich ergäben; sondern dem Hause legt die Verfassung einen bestimmten Kreis von Rechten bei, und die Mitglieder, die vom Volke erwählten Repräsentanten, haben als solche nicht mehr und nicht weniger Rechte als wie aus ihrer Mitgliedschaft und den Rechten des Hauses sich ergibt. Dieses Mitgliedschaftsrecht der Abgeordneten oder kurz das Abgeordnetenrecht ist aber nun nicht ein den Abgeordneten geliehenes Recht, sie üben nicht die Befugnisse ihrer Wähler aus, sondern ihre Mitgliedschaft ist ihr eigenes Recht. So ausdrücklich Laband, a. a. O., S. 60, oben.[34])

Und schließlich beruht die Existenz der Gesamtpersönlichkeit des Abgeordnetenhauses doch auch auf dem Willen der Repräsentanten, in noch höherem Maße als bei den schon erwähnten Zwangsgenossenschaften. Denn wenn die Repräsentanten, wozu sie nicht gezwungen werden können,[34a]) nicht zusammentreten, sich nicht vereinigen, so kommt das Haus, mag man es auch als vorhanden ansehen, doch zu keinem Leben. Das, was die Person ausmacht, ist nicht, daß man ihr Rechte zudenkt, sondern daß sie die Rechte ergreift und zu ihrer Ausübung einen Willen bildet bezw. zu bilden imstande ist. Dies kann das Repräsentantenhaus aber nur auf der Grundlage des Willens der Mitglieder.

Man wird daher nicht umhinkönnen, den Volksrepräsentationen Persönlichkeit zuzusprechen und, da diese Persönlichkeit

---

[34]) Den Unterschied zwischen eigenem Recht, ausgeübtem Recht und Recht auf Ausübung hat Rosin in einer wohl allseitig anerkannten Weise in dem obengenannten Aufsatze festgelegt.

[34a]) Obwohl sie wohl dazu verpflichtet sind. Jellinek, System, S. 164.

auf genossenschaftlicher Grundlage ruht, sie zu den Körperschaften zu rechnen. Dies tut ja auch unser Gesetz; denn wie weiter unten gezeigt werden soll, gehören zu den politischen Körperschaften des § 197 vorzüglich die Volksrepräsentationen aller Art.

Wenn aber Gierke S. 820 für ein Gericht oder einen Magistrat die Annahme einer Gesamtpersönlichkeit für „eher" möglich erklärt als bei den repräsentativen Körperschaften, weil letztere zeitweise gar nicht existieren, so geht daraus hervor, daß er dem Wesen der letzteren nicht voll gerecht wird. Denn die Repräsentationen sind als ständige politische Einrichtungen in der Weise zu betrachten, daß die neuzusammentretenden Mitglieder jedesmal die aufgelöste Körperschaft fortsetzen, und in der Zwischenzeit gewissermaßen der Satz „nasciturus pro jam nato habetur" Anwendung findet, indem die politischen Rechte der Repräsentation nicht aufgehört haben zu existieren — was beim Fortfall ihres Subjektes doch der Fall wäre — auch nicht bona vacantia werden, sondern für die in der neuen Legislaturperiode neu erstehenden Gesetzgebungskörper gleich einer ruhenden Erbschaft aufbewahrt bleiben. Bei dieser Betrachtungsweise sehen wir auch als Träger der politischen Rechte des Repräsentantenhauses ein vom Wechsel der Mitglieder unabhängiges Wesen.[35]) Daß diesem nach geltendem Recht juristische Person nicht zukommt, ist ziemlich außer Frage. Das Vorhandensein der Gesamtperson dürfte aber notwendig anzunehmen sein und damit das Vorhandensein eines eigenen Willens (aus welchem vielmehr erst die Person folgt) eigener sittlicher Würde, eigener Ehre mit Rücksicht auf § 197, und damit echter Beleidigungsfähigkeit.

[35]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Band 7, S. 382 ff. (auch bei Stenglein, Lexikon des deutschen Strafrechts, Berlin 1900 I, S. 480 ff.) wo dasselbe für den Bundesrat ausgeführt ist. Ferner Hälschner, 2¹ S. 173, Olshausen, S. 755, Frank, S. 237, Nr. II, v. Schwarze, zu § 19, Nr. 4, Binding, Handbuch 1, S. 619, Herzberg, Ermächtigungsdelikte, S. 33, anders Erk. Sächs. Ob. App. Ger. vom 9. Febr. 1874, G. A. 23, S. 141. Ähnlich Jellinek, System, S. 24, bezügl. anderer Staatsorgane.

In wieweit ist nun die an sich vorhandene Beleidigungsfähigkeit der Gesamtperson vom Gesetze anerkannt? Nur soweit dies ausdrücklich ausgesprochen ist, also in den Fällen der §§ 196 und 197 St. G. B., sodaß § 185 als grundsätzlich nur von der Beleidigung eines oder mehrerer Einzelmenschen handelnd auszulegen ist. §§ 185 und 197 stehen zueinander also nicht im Verhältnis der Spezialität, sondern der Exklusivität.[36]) Anderer Meinung ist z. B. Schütze[37]) und Frank.[38]) Letzterer hat insofern recht als die Beleidigungsfähigkeit begrifflich vorhanden und deshalb vom Gesetz vorausgesetzt ist. Soweit damit aber zugleich behauptet sein soll, daß das Gesetz die Beleidigungsfähigkeit jeder begrifflich beleidigungsfähigen Kollektivperson strafrechtlich berücksichtigt habe, ist dem nicht zuzustimmen, da die Feststellung sittlicher Würde und begrifflicher Beleidigungsfähigkeit ein viel zu sehr persönlicher Empfindung unterliegendes Geschäft ist, als daß es dem Richter ohne Gefahr schwankendster Rechtsprechung anvertraut werden könnte.[39])

Im praktischen Ergebnis nimmt auch Schwarze einen sehr freien Standpunkt ein, obwohl er begrifflich die Beleidigungsfähigkeit von Kollektivpersonen nicht kennt, indem er die Verfolgung der den Mitgliedern einer juristischen Person zugefügten Beleidigung und das Antragsrecht durch die Organe der juristischen Personen schlechthin ausüben lassen will. (S. 542) [40]). Das ist nicht zu billigen. Die juristische Persönlichkeit hat mit der Beleidigungsfähigkeit weder begrifflich noch kraft Gesetzes etwas zu tun. Durch die Verleihung der juristischen Person an eine Gesamtperson überträgt der Staat derselben nicht grundsätzlich die Fähigkeit zu allen Rechten und

---

[36]) Vgl. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, § 26.

[37]) a. a. O. S. 355 Anm. 3 am Ende: Die in § 197 nicht genannten Körperschaften sollen von der Beleidigungsfähigkeit „keineswegs ausgeschlossen" sein.

[38]) a. a. O. S. 223 II, 4: Die Dispositive der § 196, 197 setze „die Beleidigungsfähigkeit der Behörden usw. als selbstverständlich voraus."

[39]) So insbesondere Hälschner, S. 170, auch Olshausen, S. 713, Nr. 11 b.

[40]) v. Schwarze, S. 542.

Rechtsgeschäften einer natürlichen Person, sondern nur einem bestimmten Kreis von Rechtsfähigkeit; besonders die auf privatrechtlicher Bestimmung beruhenden juristischen Personen haben bei ihrer Verleihung nur private Rechtsfähigkeit erlangt. Es kann aus dem Staatsakt der Verleihung — er erfolge von Fall zu Fall oder generell — nicht auch die Anerkennung der juristischen Person in strafrechtlicher oder strafprozessualer Beziehung hergeleitet werden, wenn der Zweck nur die Regelung privater Rechtsverhältnisse war. Die Konstruktion und die Analogie sind im Strafrecht zu vermeiden.[41])

Besteht bei Beleidigung nach § 197 Konkurrenz zwischen der Beleidigung der Korporation als solcher und der Beleidigung der unter einer Kollektivbezeichnung beleidigten einzelnen Mitglieder? Die Frage ist prinzipiell zu verneinen. Die sittliche Würde der Gesamtperson leitet sich her von der sittlichen Würde der Mitglieder, die Beleidigung der Gesamtperson wird als solche empfunden in dem sittlichen Bewußtsein der Mitglieder, die Beleidigung der Gesamtperson besteht also aus Beleidigung der Mitglieder.[42]) Sie besteht zwar nicht in der Beleidigung der Mitglieder, denn die Beleidigung der Gesamtperson und die Beleidigung der Mitglieder ist etwas Verschiedenes, und im Falle des § 197 ist die Gesamtperson selbst beleidigt. Diese Beleidigung enthält aber Beleidigung der Mitglieder, wie auch die Gesamtperson ihre Mitglieder enthält. Denn da der Wille der Gesamtperson aus dem Willen der Mitglieder gebildet wird, da ihre sittliche Würde das Produkt der sittlichen Würde ihre Mitglieder ist, so muß notwendig die Beleidigung der Gesamtperson die Mitglieder mittreffen. Die Beleidigung ersterer enthält also substanzlich Beleidigung letzterer.[43]) Wenn daher die durch Beleidigung der Gesamt-

[41]) Nicht zu billigen sind daher in ihrer Begründung Ob. Trib. 18. 4. 72. Opp. Rechtspr. Bd. 13, S. 263, Ob. Trib. 19. 10. 75. Opp. Rechtspr. 16[665] (G. A. 23[518]).

[42]) Vgl. hierzu das interessante Erkenntnis Sächs. Ob. App. Gerichts vom 9. Februar 1874, G. A. 23, S. 144.

[43]) Vgl. Olshausen a. a. O. S. 713, Anm. 12: Wenn auch die Beleidigungsfähigkeit bestimmter Körperschaften gesetzlich anerkannt und die

person zugleich erfolgte Beleidigung der Mitglieder nicht weiter geht als ihr Anteil an dem Willen und der Würde der Körperschaft, m. a. W. soweit ein Mitglied nur als solches sich mitbeleidigt fühlen kann, ist die Beleidigung der Mitglieder in der Beleidigung der Körperschaft völlig enthalten und keine Konkurrenz möglich. Wird aber ein Mitglied zugleich und auch durch dieselben Worte wie die Korporation, weiter beleidigt, als seine Mitgliedeigenschaft reicht, so ist Konkurrenz gegeben. (Beispiel eines solchen Falles: „Der Vorstand des Kegelklubs Frohsinn hat im Zuchthause gesessen," oder „Der Reichstag hat einen notorischen Lumpen dadurch, daß er die Genehmigung zur strafrechtlichen Verfolgung des Abgeordneten A. verweigerte, vor Strafe geschützt" — womit dem Reichstage Begünstigung vorgeworfen wird und ein Mitglied mit einem Schimpfworte belegt wird.) Es ist alsdann Idealkonkurrenz anzunehmen. Die neuesten Untersuchungen auf diesem Gebiete sind wohl die Beling's in dem oben genannten Werke, § 31. Seine Ausführungen treffen jedoch auf unsern Fall nicht zu und erweisen sich sonach wohl als nicht zwingend. Im Falle der Exklusivität der Typen[43a]) ist nach Beling jede Konkurrenz ausgeschlossen. Der Schluß erscheint logisch glänzend, hält aber den Tatsachen nicht stand: nicht nur dann nicht, wenn meine obigen Ausführungen richtig sind, sondern es lehren dies auch andere Beispiele, die ich nachfolgen lasse. Zuvor unser Fall: Es konkurriert Beleidigung des Reichstages mit Beleidigung eines Mitglieds: § 185 mit § 197. Daß § 197 keine eigene Strafandrohung enthält, ist hier nicht störend, denn es kann ja ein und dasselbe Strafgesetz in idealer Konkurrenz doppelt verletzt sein. § 185 und 197 stehen aber nach Belings Ausdrucks-

anderer denkbar sei, „so ist doch nicht außer acht zu lassen, daß die Behörden nur in den sie bildenden Beamten, die politischen Körperschaften nur in den sie bildenden Personen bestehen, so daß man unmöglich davon absehen kann, daß auch bei der Beleidigung von Behörden ꝛc. stets Personen das unmittelbare Angriffsobjekt darstellen müssen; die Beleidigung einer Behörde ꝛc. unter gänzlicher Abstraktion von den sie bildenden Personen ist nicht denkbar."

[43a]) Worunter Verbrechenstatbestand zu verstehen ist, siehe Vorwort 3. Zeile.

weise im Verhältnis der Exklusivität, wie schon oben einmal gesagt ist, das erhellt besonders, wenn wir den Typus des § 185 gemäß den obigen Darlegungen als „Beleidigung eines Einzelmenschen“ fassen; hierzu verhält sich der Typus „Beleidigung einer gesetzgebenden Versammlung“ exklusiv, denn ein Einzelmensch ist das kontradiktorische Gegenteil zu einer Versammlung. Hier nun ist freilich störend für die Auffassung der beiden fraglichen Typen als einander ausschließend, daß für den zweiten Typus keine besondere Strafandrohung ausgesprochen ist. Der Gesetzgeber hat für § 197 dieselbe Strafe gelten lassen wollen wie für § 185 ff. Wenn aber die Typen sich ausschließen, kann genau genommen die Strafe des einen Typus nicht für den anderen angewendet werden. Es fehlt also eigentlich an einer Strafandrohung für § 197, wenn wir § 185 als nur für Einzelpersonen geltend auslegen. Die richtige Meinung und die Praxis in hier Ausschlag gebender Weise legt aber § 185 in der angedeuteten Weise aus: also ist das Verhältnis der §§ 197 und 185 exklusivisch. Der oben genannte hieraus zu ziehende Schluß für die Straflosigkeit des § 197 kann aber unberücksichtigt bleiben, da die Ausdrucksweise des § 185 formell weit genug ist, um § 197 mitzudecken. Nach der Ausdrucksweise liegt Spezialität vor, so daß die Strafe des § 197 sich aus § 185 entnehmen läßt. Der Sache nach liegt Exklusivität vor.

Trotzdem ist hier, wie oben nachzuweisen gesucht ist, ideale Konkurrenz möglich, während Beling jede Konkurrenzmöglichkeit leugnet. (S. 305). Ein ähnlicher und ganz unstreitiger Fall ist aber das Verhältnis des § 95 zu § 99 oder des § 97 zu § 101: Hier spricht das Gesetz in dürren Worten die Exklusivität der Typen aus. Was das eine nicht ist, soll das andere sein. Und doch ist ideale Konkurrenz hier möglich, z. B. wenn jemand von seinem eigenen und einem fremden Landesherrn behauptet: Der eine sei ein so großer Lump wie der andere. Der Vorbehalt Belings[44]) „eine Handlung kann nur dem einen oder dem anderen Typus zugesprochen werden“ (scil. bezüglich derselben

[44]) a. a. O. S. 282.

Punkte) widerlegt in unserem Falle nichts. Aber selbst wenn man in dem letzten Beispiel sagen könnte, die Beleidigung des einen Fürsten sei schon gegeben gewesen, ehe der andere Fürst nur genannt war, so träfe dies auf folgende beleidigende Behauptung nicht zu: Der Fürst A. habe mit dem Fürsten B. den Beischlaf vollzogen . . . . . Dieselben Punkte Wort für Wort und Begriff für Begriff sind nötig, um den Tatbestand des § 95 und des § 99 zu erfüllen, und der eine ist erst mit dem anderen erfüllt. Trotzdem sind die Typen exklusiv. Es erscheint also der Schluß: — weil die Typen exklusiv sind, können sie nicht in ein und derselben Tat verwirklicht werden — irrig.

Nicht genügend begründet scheint mir die vielfach vertretene Ansicht, daß die Beleidigung der Gesamtperson nach § 197 wie nach § 196 nur strafbar sein soll, wenn die Beleidigung sich gegen die politische Körperschaft in ihrer Tätigkeit als politische Körperschaft richtet. In § 196 ist eine solche Begrenzung der Beleidigungsfähigkeit der Gesamtperson ausdrücklich ausgesprochen. In § 197 findet sich eine gleiche Bestimmung nicht. Mangels anderer Gründe sie dort gleichfalls anzuwenden, wird man vielmehr hieraus den Schluß ziehen müssen, daß diese Beschränkung in § 197 nicht gilt. Daß der politischen Körperschaft sittliche Würde und damit Beleidigungsfähigkeit nur soweit zukommt, als sie willens- und handlungsfähig sei, ist richtig. Doch reicht ihre Willens- und Handlungsfähigkeit weiter als die ihr obliegenden Aufgaben. Ferner wird ihre sittliche Würde als politische Körperschaft auch berührt durch Angriffe auf Verhalten oder Eigenschaften ihrer Mitglieder, auch soweit diese nicht die Tätigkeit der politischen Körperschaft als solcher betreffen. Der Streit scheint jedoch ziemlich müßig, da der bloße Umstand, daß die politische Körperschaft doch als solche bezeichnet werden muß, um sie in strafrechtlichen Zusammenhang mit einer beleidigenden Äußerung zu bringen, meist hinreichen muß, um eine Beziehung der Beleidigung auch auf die Tätigkeit der politischen Körperschaft als solcher zu ermöglichen.

§ 2.

Wenn wir nun in den Delikten der §§ 99, 101 und 197 gleichmäßig das Vergehen der Beleidigung im Sinne des § 185 St. G. B. erkannt haben, drängt sich uns die Frage auf: Wodurch rechtfertigen diese drei Sonderfälle der Beleidigung ihre abweichende aber unter sich wieder gleichmäßige Behandlung? Läßt sich aus den Sonderheiten, wodurch sich jeder Fall von dem Falle der gewöhnlichen Beleidigung unterscheidet, eine die drei Fälle wieder verbindende Gleichheit herausfinden? Bietet diese den drei Fällen gemeinsame Sonderheit einen Anhaltspunkt für die Erkenntnis des Wesens der Ermächtigung? Unsere drei Fälle unterscheiden sich von der gewöhnlichen Beleidigung[1]) nur durch die Person des Beleidigten: sie betreffen: Beleidigung eines Bundesfürsten (§ 99), des Regenten eines Bundesstaates (§ 101) und Beleidigung gegen eine gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaates oder gegen eine andere politische Körperschaft.[2]) Der gesetzgeberische Grund für die Ermächtigung kann also nur in der Person des Beleidigten gefunden werden, diese Person ist kurz: Bundesfürst, Regent oder politische Körperschaft. Und wenn der § 197 die von

---

[1]) Welche Ausdrucksweise oben im Gegensatze zur Majestätsbeleidigung gebraucht wurde. Seitdem aber der wesentliche Unterschied der letzteren von der gewöhnlichen Beleidigung geleugnet ist, steht nichts im Wege, die gewöhnliche Beleidigung nunmehr im Gegensatze zu jeder durch die Person des Beleidigten qualifizierten Beleidigung zu gebrauchen.

[2]) Ebenfalls zu ergänzen: „des Reichs oder eines Bundesstaates." Vgl. Herzberg, Ermächtigungsdelikt, Breslauer Dissertation, Gleiwitz 1904, S. 30. Fehlerhaft die dortige Anmerkung: „bei ausländischen Körperschaften ist Antrag erforderlich." Ausländische Körperschaften als solche sind gar nicht beleidigungsfähig.

ihm geschützten Körperschaften „politische“ nennt, so liegt die Bemerkung nahe, daß die Personen der §§ 99 und 101 — Fürsten und Regenten — als „politische“ gleichfalls bezeichnet werden können.

Sind aber die in § 197 genannten Personen sämtlich politische Körperschaften?

Dies ist die Ansicht aller Schriftsteller.

§ 197 spricht von Beleidigung gegen eine gesetzgebende Versammlung . . . . oder gegen eine andere politische Körperschaft. Unter einer gesetzgebenden Versammlung ist zweifellos nicht eine solche zu verstehen, welche ohne Mitwirkung anderer Faktoren Gesetze gibt — eine solche Versammlung gibt es im deutschen Reiche nicht —, sondern eine an der Gesetzgebung des Reichs oder eines Bundesstaates teilnehmende Versammlung.[3]) Welche Versammlungen dies sind, bestimmt sich nach der Reichsverfassung und den Landesverfassungen. Ferner kommt hier in Betracht das Reichsgesetz vom 2. Mai 1877 (R. G. Bl. S. 491) und das Gesetz über die Verfassung und Verwaltung Elsaß-Lothringens vom 4. Juli 1879 (R. G. Bl. S. 105) nach welchen der aus 58 Mitgliedern (34 Delegierten der Bezirkstage, 24 Abgeordneten der Städte und Kreise) bestehende Landesausschuß mit Kaiser und Bundesrat bei der Gesetzgebung für Elsaß-Lothringen mitwirkt, auch Gesetze vorschlägt. Der Landesausschuß in Elsaß-Lothringen ist also eine gesetzgebende Versammlung, und zwar, da die Staatsgewalt in Elsaß-Lothringen mit der Reichsgewalt zusammenfällt,[4]) eine gesetzgebende Versammlung des Reichs.

Nun sagt uns das Gesetz nicht mit Bestimmtheit, daß alle gesetzgebenden Versammlungen auch politische Körperschaften seien. Falsch ist in dieser Hinsicht die Schlußfolgerung des Reichsgerichts: „denn in diesem §“ (197) „umfasse der Begriff

[3]) Aufzählung bei Hausmann, Die Beleidigung gesetzgebender Versammlungen und politischer Körperschaften ꝛc., München 1902, S. 37.

[4]) Laband a. a. O. S. 136. Gesetzgebende Versammlungen des Reichs sind also drei: Landesausschuß, Reichstag und Bundesrat; bezüglich letzteren E. R. G. 7[382] vgl. aber § 49 St. P. O. (Hausmann).

der letzteren" (politische Körperschaft) „alle gesetzgebenden Versammlungen des Reichs und der Bundesstaaten (verbis: oder gegen eine andere politische Körperschaft)" [5]) diese verba beweisen dies aber grade nicht. Diese Worte beweisen nach dem deutschen Sprachgebrauch zwar wohl, daß einige politische Körperschaften schon genannt sind, bevor von „andern" politischen Körperschaften gesprochen wird: sollten von den gesetzgebenden Versammlungen keine unter die politischen Körperschaften fallen, so hätte zwischen „andere" und „politische" ein Interpunktionszeichen stehen müssen, auch wäre das „andere" als überflüssig zu streichen. So folgt aus dem Wortlaute wohl, daß zu den gesetzgebenden Versammlungen auch politische Körperschaften gehören, nicht aber mit Bestimmtheit, daß alle gesetzgebenden Versammlungen politische Körperschaften seien. Auch wenn z. B. der Bundesrat keine politische Körperschaft wäre, weil er eine Behörde ist, oder wenn der Landesausschuß in Elsaß-Lothringen von den politischen Körperschaften auszuschließen wäre, weil er auf einem jederzeit auch ohne seine Zustimmung wieder aufhebbarem Reichsgesetz beruht, — so würde doch die Ausdrucksweise des Gesetzes ganz korrekt sein.

Oben ist bereits gesagt, daß nur deutsche politische Körperschaften in Betracht kommen. Bezüglich der Bundesfürsten und Regenten hat das Strafgesetzbuch einen erheblichen Unterschied zwischen eigenen und fremden Landesherren gemacht. [6]) Nur letztere sind Ermächtigungsberechtigte. So wie es keiner Erörterung bedarf, warum im Reichsstrafgesetzbuche nicht nur der

[5]) E. R. G. Bd. 7, S. 382, Stenglein, Lexikon, Bd. 1, S. 480 ff.

[6]) Vgl. Herzberg a. a. O. S. 10 ff. Zu bestreiten die Behauptung S. 28, daß der „Regent des deutschen Reiches," wenn er in dieser Eigenschaft beleidigt ist, nur als Privatmann geschützt sei. Er ist zugleich Regent Preußens und damit nach § 101 geschützt. Übrigens bekleidet nicht der Regent Preußens die deutsche Kaiserwürde (Herzberg S. 28), sondern Würde und Titel stehen dem vertretenen Könige zu. § 101 enthält kein Wort davon, daß seine Strafbestimmungen nur Platz greifen, wenn der Regent „als solcher" beleidigt sei. Wahr ist jedoch, daß der Regent des Reiches nicht nach § 97, sondern nur nach § 101 geschützt ist (soweit er nicht zugleich „eigner Regent" ist, also in Preußen).

eigene Landesherr sondern jeder Bundesfürst vor Beleidigungen besonders geschützt ist, so ist es auch erklärlich, daß das Gesetz seinen besonderen Schutz jeder deutschen politischen Körperschaft angedeihen läßt. Eine Unterscheidung zwischen politischen Körperschaften des eigenen Staates und eines fremden Bundesstaates ist jedoch nicht gemacht: sie sind alle ermächtigungsberechtigt. Ein besonderes Strafmaß ist in § 197 auch nicht angedroht. Es wird daher sowohl das schwerere Gewicht der beleidigten Körperschaft überhaupt als politischer Körperschaft, als auch, wo dies dem Volksempfinden und der Gerechtigkeit entsprechen sollte, dies schwerere Gewicht der politischen Körperschaft in ihrem Verhältnis zum Beleidiger bei der richterlichen Strafausmessung zu berücksichtigen sein.

Ermächtigungsberechtigt sind sonach: fremde deutsche Bundesfürsten, fremde deutsche Regenten, der Regent des deutschen Reichs und alle deutschen politischen Körperschaften, kürzer: deutsche Staatsoberhäupter und die politischen Körperschaften, also lauter politische Personen. Der Grund der Bevorzugung derselben liegt also in ihrer politischen Bedeutung. [7] [8]

Was eine politische Körperschaft sei, ist besonders deshalb nicht leicht zu beantworten, weil der Ausdruck in der Rechtssprache verhältnismäßig selten ist, sodaß ein feststehender Begriff mit ihm nicht als verbunden zu erachten ist. In der Gesetzgebung ist er wohl außer in § 197 St. G. B. überhaupt nicht angewendet; in der Literatur findet er sich

---

[7]) Herzberg a. a. O. S. 35, „Politische Erwägungen vor allem liegen dem Ermächtigungserfordernis des § 197 zu Grunde." Hausmann, S. 9, — aber auch dem in § 99 und 101, also dem Ermächtigungserfordernis überhaupt.

[8]) Politische Erwägungen sind es auch allein, welche dem einzigen sonstigen Falle, in welchem in der Geschichte unseres Strafrechts eine „Ermächtigung" als Prozeßvoraussetzung vorkommt, zu Grunde lagen. Es war dies der Fall der Beleidigung einer Privatperson in einem Immediatgesuch. Zu ihrer Verfolgung bedurfte es der Ermächtigung — aber nicht des Beleidigten, sondern — des Königs. Vgl. Goldammer, Preuß. Strafgesetzbuch zu § 161, S. 337. Anm. 1.

häufiger.[9]) Bei der Begriffsbestimmung der politischen Körperschaft in § 197 wird meist außer von dem bereits erwähnten Irrtum, daß alle gesetzgebenden Versammlungen nach dem Wortlaute des Gesetzes zu den politischen Körperschaften gehören, davon ausgegangen, daß die politische Körperschaft des § 197 im fundamentalen Gegensatze zu der Behörde des § 196 St.G.B. zu verstehen sei.[10]) Die klassischen Gründe für den behaupteten Gegensatz gibt Olshausen[11]) „Nach dem Entwurf II § 191 waren die politischen Körperschaften unter Aufführung an erster Stelle mit den in § 196 erwähnten Behörden zusammengestellt; auf Vorschlag der R. J.-Kommission wurde jedoch jener Ausdruck dort gestrichen und in den § 197 eingefügt. Wie aus der früheren Nebeneinanderstellung, so folgt aus der jetzigen Gegenüberstellung der Begriffe „politische Körperschaft" und „Behörde", daß sie einander ausschließen." [12])

Wie sollen die beiden Begriffe nun eigentlich gestellt sein, damit diese Ausschließlichkeit nicht daraus folge? Sollen denn immer zwei Begriffe, die in einiger Nähe bei einander erwähnt werden, sich ausschließen? Gewiß, sie bedeuten etwas Verschiedenes; aber warum sollte nicht irgend eine politische Körperschaft zugleich eine Behörde sein? Ja, warum sollte nicht schlechthin die politische Körperschaft eine Unterart der Behörde sein? Dann gilt eben: lex specialis derogat generali. Dieser Ansicht ist übrigens auch die von Olshausen angerufene Entscheidung 7^{382}. Diese Entscheidung nimmt freilich den Gegensatz zwischen politischer Körperschaft und Behörde als feststehend an, führt aber, nachdem sie die verschiedenen Funktionen des Bundesrats, nach denen sie es für angängig erachtet, diesen für eine Behörde zu halten, erörtert hat, fort: „Wenn man aber mit Rücksicht auf eine Anzahl der dem Bundesrat durch Ver-

[9]) Vgl. Gierke a. a. O. Bd. 1, S. 866 u. a.; derselbe, Grundbegriffe des Staatsrechts, S. 304. v. Krieken, Die sogenannte organische Staatstheorie, S. 49. Preuß a. a. O. S. 53.

[10]) z. B. Olshausen zu § 197, Frank zu § 197, Schwarze zu § 197, Oppenhoff zu § 197, Herzberg, S. 30, Hausmann, S. 37.

[11]) a. a. O. § 197.

[12]) Olshausen zitiert für seine Ansicht R. G. 7^{382}.

fassung und Gesetz zugewiesenen Funktionen den Begriff einer obersten Reichsbehörde zutreffend finden wollte, so würde doch damit nichts gegen die Anwendbarkeit des § 197 St. G. B. entschieden sein." Trotzdem erklärt dieselbe Entscheidung: „Die Begriffe Behörde in § 196 a. a. O. und politische Körperschaft in § 197 schließen einander aus." Gleicher Ansicht sind fast alle Gerichtshöfe und Schriftsteller.[13]) Den prinzipiellen Gegensatz betont auch Berner, allerdings von einem anderen Gesichtspunkte aus. Er geht von der Ansicht aus, daß die politischen Körperschaften den Charakter der Volksvertretung haben müßten.[14]) Diese Anschauung ist nicht völlig zu billigen. So ist die Gemeindeversammlung, wie unten zu besprechen ist, zu den politischen Körperschaften zu rechnen, obgleich sie keine Vertretung ist, ebenso der Bundesrat, obgleich er keine Volksvertretung ist. Berners Ansicht läßt sich wohl daraus erklären, daß er von der feststehenden Eigenschaft der gesetzgebenden Versammlungen als politischer Körperschaften ausgeht.[15])

Nach der hier vertretenen Ansicht ist ein ausschließender Gegensatz zwischen den Begriffen „politische Körperschaft" und „Behörde" nicht zu erkennen und nicht zu konstruieren.

Beide sind ja auch nach dem Entwurf II des St. B. G. gleichartig behandelt worden. Von zwei Begriffen kann nie vermutet werden, daß sie einander ausschließen; die wenigsten Begriffe schließen sich aus, vielmehr haben im Zweifel zwei verwandte Begriffe auch einen teilweisen gemeinsamen Umfang. Davon aber, daß unsre zwei Begriffe sich ausschließen, steht nichts im

[13]) Vgl. Oppenhoff a. a. O. zu § 197, Rüdorff a. a. O. zu § 197 u. a. Württ. Kass. 27. 5. 1874. v. Kübel, W. G. Bl. VIII, S. 225. Ob. Trib. 6. Nov. 1873, G. A., Bd. 21, S. 537. Oppenhoff, Rechtsprechung 14[637].

[14]) Berner, Lehrbuch, S. 489, „Die politischen Körperschaften stehen durch ihren Charakter der Volksvertretung im Gegensatze nicht nur zu den Privatkörperschaften, sondern auch zu den die Regierung vertretenden Behörden."

[15]) Seine Ansicht teilt besonders Rüdorff a. a. O. zu § 197, Anm. 1, S. 454, ferner W. G. Bl., Bd. VIII, S. 225, Entsch. des Kass.-Hofes vom 27. 5. 1874. Dagegen Oppenhoff a. a. O. S. 479. W. G. Bl., Bd. XV, S. 313.

Gesetz. Im folgenden sollen sie jeder für sich erörtert werden. Bei dem in den Entscheidungen so häufig zu treffenden Argumente für die Nichtzugehörigkeit einer Körperschaft zu den „politischen" des § 197, daß sie Behörde sei, ist die Feststellung des Verhältnisses beider Begriffe für den § 197 St. G. B. von Interesse.

Den Begriff der Behörde hat die Rechtsprechung in vielfachen Entscheidungen wie folgt festgelegt:

„Behörden sind alle Organe der Staatsregierung, welche berufen sind,[16] unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staates nach eigenem Ermessen tätig zu sein".[17]

Als einschränkende Merkmale werden noch hervorgehoben: eine durch Recht und Verfassung dauernd geregelte Organisation des Amts. Das Amt als solches müsse in einer bestimmt geregelten Gliederung organischer Bestandteile der Amts- und Behördenverfassung geworden sein[18] sodaß besonders der Bestand der Amtsstelle unabhängig sei von der Existenz, dem Wegfalle, dem Wechsel der Beamten als der physischen Personen, welchen die Besorgung der in den Kreis des Amts fallenden Geschäfte anvertraut ist.[19] Ferner wird angegeben, eine Behörde könne nur aus Beamten bestehen.[20] Schließlich wird sie als juristische Person bezeichnet.[21] Erweiternd wird bemerkt, daß eine kollegialische Verfassung nicht notwendiges Merkmal sei, vielmehr auch ein

[16]) Die Entscheidung des Ob. Trib. vom 11. 11. 1875. Oppenhoff, Rechtspr. 16, S. 721 fügt ein: jedes Organ der Staatsgewalt, welches „wie diese" dazu berufen sei 2c.

[17]) So Ob. Trib. 19. 10. 1875, G. A. 23, S. 518 (auch Opp. Rechtspr. 16[665]. Übereinstimmend Ob. Trib. 6. 9. 1873, Opp. Rechtspr. Bd. 14, S. 687. Ob. Trib. 24. 1. 1878, G. A. 26, S. 61. E. R. G. Bd. 8, S. 5, Bd. 18, S. 246, Bd. 23, S. 203, Bd. 4, S. 135. Ob. Trib. 11. 11. 1875. Opp. Rechtspr. 16[721].

[18]) E. R., Bd. 8, S. 5.

[19]) E. R., Bd. 18, S. 250.

[20]) Würt. Kass. 27. 5. 1874. v. Kübel, W. G. Bl., Band 8, S. 225.

[21]) z. B. Ob. Trib. 18. 4. 1872, Opp. 13, S. 263, Ob. Trib. 19. 10. 1875, Opp. 16, S. 665 (G. A. 23, S. 518).

Einzelbeamter eine Behörde sein könne, sowie daß ein besonderes imperium nicht wesentlich sei.[21a])

Die so gewonnene Definition wird auch von den Schriftstellern wiedergegeben.[22])

Es wird also allseitig die Organschaft der Behörde in den Vordergrund gestellt. Der Staat wie jede Gesamtperson braucht zur Betätigung seines Wesens Organe. Vor allem zur Betätigung seiner höchsten Eigenschaft, zur Willensbildung, bedarf er derselben, und er bildet seinen Willen nicht nur in untergeordneten Beamten, sondern vor allem in seiner höchsten Spitze. So ist das Staatsministerium Organ, so ist es der König. So ist aber auch der Reichstag Organ.[23]) Unter Organ selbst ist stets ein Teil eines Ganzen zu verstehen. Daher ist nicht Organ einer Herde Schafe der Schäferhund oder der Hirt, nicht Organ eines Regiments der Kommandeur. Wohl aber sind z. B. die Subalternoffiziere und Kompagniechefs Organe des Regiments, der Oberst Organ der Armee. Organ bedeutet zwar seiner Herkunft nach Werkzeug, wird aber, um auch die obersten Organe eines Körpers (Organismus) mit zu treffen, am besten mit dem Worte Glied übersetzt werden.[24]) Man kann den König nicht als Werkzeug, wohl aber als Glied des Staates

[21a]) E. O. Trib. 23. 10. 1878, G. A. 26, S. 531, bezüglich des Schulvorstandes, auch E. R. G. Bd. 6, S. 247, bez. Sparkassen anders scheinbar Jellinek, System, S. 76: „Die mit Befehls- und Entscheidungsgewalt ausgerüsteten Ämter, die Behörden."

[22]) Vgl. Olshausen a. a. O. zu § 114, Oppenhoff zu § 114 u. a. Schwarze sagt: Behörde sei ein „dauerndes Subjekt staatlicher Hoheitsrechte und Pflichten."

[23]) Vgl. Gierke I, S. 828, II, S. 960, Preuß S. 130: Der Kaiser ist Organ des Reichs. Laband, das Staatsrecht, Bd. 1, S. 198. Ebenso der Bundesrat, ebenda S. 231. Der Reichstag, ebenda S. 269. Meyer a. a. O. S. 233.

[24]) Und zwar tätiges Glied (vgl. Jellinek Allgemeine Staatslehre S. 533 „Staatsorgan, aktives Staatsglied." S. 494: Willenswerkzeug), im Gegensatz zum bloßen Teile. Auch die Naturwissenschaft versteht unter den Organen nicht jeden Teil eines Körpers, sondern nur solche Teile, welche, für sich wieder ein Ganzes bildend, einen tätigen Anteil an dem Leben des Körpers haben. Vgl. Rehm im Handbuch des öff. Rechts, Einl. zweite Abt. S. 155: Organismus ist ein Lebewesen, welches aus Gliedern zusammengesetzt ist, die im Dienste des Ganzen stehen. — Schmidt a. a. O. S. 136:

bezeichnen. Preuß[25]) gibt als notwendiges Erfordernis der Organschaft des Leiters irgend eines Körpers das Verhältnis von Gliedperson zu Gesamtperson an, dieses könne vor der Bestellung des Beamten usw. schon vorliegen, andernfalls müsse es durch Wahl, Vorschlagsrecht oder ähnliche Mitwirkung der Gesamtperson bei der Bestellung „ersetzt" werden. Richtiger wäre wohl der Ausdruck „geschaffen" werden. Denn nur wenn man auf Grund der Mitwirkung des Organismus bei der Bestellung seines Leiters von da ab diesen als Glied des Organismus betrachtet, läßt sich der Bestellte als Organ bezeichnen.[26]) Nicht dagegen dürfte es nötig sein, daß, wie Meyer und Schmidt verlangen[26])[27]) die Organe in den betreffenden Verbänden selbst ihren Ursprung haben.

In diesem Sinne wird man wohl unbedenklich jede Behörde als Organ auffassen können, denn wie sie auch beschaffen sein mag, sie muß stets Teil eines Ganzen sein, für welches sie tätig ist.[28]) Die Behörde ist aber nach der herrschenden Definition stets Organ des Staates.[29]) Dies ist zu eng, da auch kirchliche Behörden Behörden im Sinne des Gesetzes sind.[30]) Daß auch städtische Behörden, Organe der Selbstverwaltung, zu den Behörden im Rechtssinne zu zählen sind, ist gleichfalls wiederholt

---

Solche Glieder eines Verbandes, die irgendwie für den Verband handeln . . . . . nennen wir . . . . . Organe des Verbandes. Vgl. auch von Krieken, die sogen. organische Staatstheorie S. 130. Darüber, daß der Ausdruck Organ im Staatsrecht verwendbar ist, ohne Bekenntnis zur organischen Staatstheorie vgl. Jellinek, System, S. 35.

[25]) a. a. O. S. 231.

[26]) Schmidt a. a. O. S. 139: „Es muß zwischen Gruppe und Organ ein inneres Verhältnis der Zusammengehörigkeit bestehen" . . . . . . „Dies ist aber nur dann der Fall, wenn ein oberstes Organ aus dem Verband selbst hervorgeht."

[27]) a. a. O. S. 28 bezüglich der Gemeindebehörden.

[28]) G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 5. Aufl. S. 223: „Die Organe der . . . Staaten sind . . . . die Staatsbehörden." Jellinek, System, S. 212.

[29]) Organ der Staatsgewalt, z. B.: E. R. 18, S. 250; der Staatsregierung Ob. Trib. 19. 10. 1875. G. A. 23, S. 518. Letzteres ist zu eng, da z. B. Gerichte auch Behörden sind.

[30]) E. R. G., Bd. 23, S. 204; Opp. Rechtspr. 14[687].

ausgesprochen worden.[31]) Nicht dagegen sind als Behörden im Rechtssinne Organe privater Korporationen zu erachten, obgleich der Sprachgebrauch wohl hin und wieder darauf hinweist, so bezüglich der Direktionen großer Erwerbsunternehmungen oder der Vorstände ausgebreiteter Vereine und Bunde. Man wird daher als das Merkmal der Behörde weniger die Zugehörigkeit als Organ zum Staate, als vielmehr die öffentlich rechtliche Bedeutung der Gesamtperson, deren Glied das Organ ist, erkennen. Behörde dürfte also Organ einer Gesamtperson des öffentlichen Rechts sein.[32]) In gewissem Sinne könnte man alsdann ja, wie die unter Anm. 31 genannten Entscheidungen es ausdrücken, die Behörde der im und unter dem Staate bestehenden öffentlich rechtlichen Personen mittelbares Organ der Staatsgewalt nennen, da diese öffentlich rechtlichen Personen „mittelbar zugleich die Interessen des Staates verfolgen".[33]) Richtiger spricht schon das Reichsgericht von den „Interessen des Gemeinwesens". Es gibt aber auch andere Gemeinwesen, als den Staat.

Was die weiteren Angaben der hier besprochenen Definition anlangt, so bringen sie keine weiteren neuen Merkmale außer den schon genannten. Die Tätigkeit für die Zwecke des Staates ist für ein Organ des Staates selbstverständlich und essentiale: jedes Organ ist für die Zwecke des Organismus da. Ebenso ist die öffentliche Autorität etwas für ein Staatsorgan (öffentliches Organ) Selbstverständliches. Ebenso ist die Wendung

[31]) Organ der Staatsgewalt bedeute nicht nur unmittelbares Organ der Staatsgewalt. Ob. Trib. 23. 10. 1878. G. A. 26, S. 551, bezüglich Schulgemeinden, E. R. 6, S. 247, bezüglich kommunaler Sparkassen, bes. aber Württ. Kass. v. 27. 5. 1874. (W. G. Bl. v. Kübel, Bd. 8. S. 225.)

[32]) „einer öffentlichen Korporation" vgl. Rosin: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, S. 24, daher auch einer öffentlichen Genossenschaft, S. 18. Behörde ist also z. B. das Schiedsgericht und der Vorstand einer öffentlichen Wassergenossenschaft, § 50 Pr. Ges., 1. 4. 1879, nicht dagegen einer freien Wassergenossenschaft. Unter einer Gesamtperson des öffentlichen Rechts ist auch der Staat zu verstehen. S. Rosin, S. 40, sowie öffentliche Anstalten und vor allem die Gemeinden, s. Rosin, S. 41.

[33]) Ob. Trib. 23. 10. 1878.

(jedes Organ der Staatsgewalt) „welches dazu berufen ist 2c.", oder gar: „von dieser dazu berufen ist", nur stilistischer Schmuck, indem sie nur den Zweckgedanken wiederholt, bezw. einleitet. Die Wendung „von dieser" (dazu berufen) ist ferner für eine Reihe von Behörden nicht ganz richtig.[34]) Daß die vielfach sogen. unmittelbaren Staatsbehörden von der Staatsgewalt berufen werden müssen, geht aus dem Umstande hervor, daß der Staat meist keine über ihm stehende Gewalt kennt, welche für ihn seine Behörden berufen könnte. Aber auch hier gibt es positivrechtliche Ausnahmen. So sind z. B. die Postbehörden Reichsbehörden, während die Personen, aus welchen sich diese Behörden zusammensetzen, zum größten Teil durch die Einzelstaaten berufen werden. Umgekehrt ernennt der Kaiser, der in soweit das oberste Organ des Reichs ist, die Oberbefehlshaber der Kontingente der Einzelstaaten 2c. Noch schärfer erhellt aber die Unrichtigkeit, wenn man an Stelle des Staates das öffentliche Gemeindewesen setzt: alsdann wären Behörden der Selbstverwaltungskörper nur die von diesen selbst berufenen Organe, nicht aber die vom Staate oder einem andern übergeordneten Gemeinwesen aus der Mitte des untergeordneten Körpers bestellten Organe, welche gleichwohl Selbstverwaltungsorgane wären.[35]) [36]) [37]) [38]) Dies will das Obertribunal aber ganz gewiß nicht sagen. Im Gegenteil, wenn mit der Einfügung der Worte „von dieser" überhaupt etwas Neues gesagt werden sollte, so sollten sie von der Auffassung der Selbstverwaltungsbehörden als mittelbare Staatsorgane nur höchstens diejenigen Organe der Selbstverwaltung vom Behördenbegriff

[34]) E. R. G. 6, S. 247.

[35]) Vgl. Geyer a. a. O., bes. Tl., S. 140.

[36]) Vgl. Preuß a. a. O. S. 231.

[37]) Daher ist auch G. Meyer a. a. O. S. 223 nicht zu billigen: „Staatsbehörden . . . . . werden . . . . . durch ein anderes Organ des Staates berufen."

[38]) Das Wort „berufen" ist ferner nicht bestimmt genug. Auch Reichstag und Landtag werden durch ein anderes staatliches Organ berufen; R. V. Art. 12, V. U. Art. 51. Hier bedeutet demnach „berufen" wohl etwas anderes, als in den oben kritisierten Definitionen.

ausschließen, welche nicht von der Staatsgewalt, also grade die, welche von dem Gemeinwesen selbst berufen sind. Das ist aber auch kaum anzunehmen, da es jeden Grundes entbehren würde. Die Worte sind daher nicht nur überflüssig, sondern schädlich. Die Behörde ist also schlechthin Organ eines öffentlichen Gemeinwesens.[39]) Anderes gilt von der Einschränkung des Reichsgerichts[40]), erforderlich sei eine durch Recht und Verfassung dauernd geregelte Organisation; sie liegt zwar nicht notwendig in dem Begriffe der Behörde, die Gründe des Reichsgerichts sind aber zu billigen, soweit es sich um die Frage handelt, welche Organe das Strafgesetzbuch als Behörden besonders schützen will. Die Geschichte weist aber die zeitweise Existenz von Behörden auf, die ihrem Zwecke nach nur vorübergehende Einrichtungen waren, so die decemviri legibus scribundis, oder etwa auch unsere Landumlegungsbehörden, oder die ältesten preußischen Rentenbanken. Gerechtfertigt ist daher wohl nur die Ausschließung derjenigen Amtsstellen vom Begriffe der Behörden, welche von der Existenz einer bestimmten Person abhängig sind, wie z. B. unsere Notare, ein Vormund.[41]) Zu billigen vom praktischen Standpunkte aus ist ferner der Zusatz, daß nicht jedes öffentliche Organ, sondern nur das mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattete als Behörde zu betrachten sei. Dies soll mit den Worten ausgedrückt werden: „Organ, welches . . . . nach eigenem Ermessen tätig ist". Doch ist zu beachten, daß damit keine scharfe Umgrenzung gegeben ist, sondern richterlichem Ermessen ein weiter Spielraum gegeben ist. Denn nach eigenem Ermessen handelt insoweit jedes Lebewesen, als es noch imstande ist, Zweck und Mittel zu vergleichen, mithin auch der unterste Staatsdiener, bis zum Treppenkehrer; versteht man aber unter

---

39) Jedoch dürften wohl im Hinblick auf den Sprachgebrauch der Gesetze Kaiser und Landesherren vom Begriffe der Behörde positivrechtlich ausgeschlossen sein.

40) Vgl. E. R. Bd. 8, S. 5. Bd. 18, S. 250. Vgl. auch Ob. Trib. 24. 1. 1878, G. A. 26[61].

41) In diesem Sinne sind wohl auch Laband und Zorn aufzufassen. Vgl. Laband, das Staatsrecht, Bd. II, S. 338 f., Zorn, das Staatsrecht, Bd. I, S. 287.

eigenem Ermessen den Ausschluß fremden Einflusses auf die Tätigkeit, so handelt rechtlich nach eigenem Ermessen nur der König[41a]) und andere politische Personen (s. weiter unten). Es kann also weder der völlige Ausschluß eigenen Ermessens noch der völlige (rechtliche) Ausschluß fremden Ermessens den Begriff begrenzen, sondern die Grenze bildet ein nicht absolut bestimmbares Maß eigenen Ermessens. Es erhellt, daß ein so schwankendes Merkmal nicht zu den notwendigen Merkmalen des Begriffes gehört, sondern nur ein aus praktischen Rücksichten zuzulassender Zusatz ist.

Die Angabe, eine Behörde müsse aus Beamten bestehen,[42]) ist nicht geeignet, den Begriff Behörde zu umschreiben. Der Begriff „Beamter" ist ein sehr schwankender. So führt der Vormund ein Amt,[42a]) die Verfassungen der Reichsstädte nennen die Mitgliedschaft in ihren Senaten ein „Amt"[43]), der Sprachgebrauch spricht auch vom „Amte" eines Reichstagsabgeordneten,[44],[45]) jedenfalls wird es richtiger sein, aus der Zugehörigkeit zu einer Behörde auf Beamteneigenschaft zu schließen, als aus der Tatsache der Zusammensetzung aus Beamten die Behördeneigenschaft zu folgern. In diesem Sinne könnte allenfalls gesagt werden, daß eine Behörde stets aus Beamten zusammengesetzt ist. Man nennt aber den Beamten nach der Behörde, nicht die Behörde nach den Beamten. Dieses Merkmal ist daher höchstens ein naturale, nie ein essentiale der Behörde. Man denke an das Schöffengericht. Nicht, weil etwa die Schöffen Beamte wären, ist das Gericht eine Behörde, sondern weil die als Schöffen

41a) Und auch dieser noch beschränkt durch das Erfordernis der ministeriellen Gegenzeichnung.

42) Württ. G. Bl., Bd. 8, S. 225.

42a) Die Ausdrücke „Amt" und „Beamter" sind nicht Correlate.

43) Art. 11, Verfassung von Lübeck, Art. 10, 13, Verfassung von Hamburg, §§ 25, 26, Verfassung von Bremen.

44) Natürlich kommen überhaupt nur öffentliche Beamte in betracht, wo es sich um Behörden handelt.

45) Im Mittelalter nannte man die Handwerke „Aemter"; sie werden allerdings auch „Organe" der Städte genannt, auch wurden die Zünfte mit dem Namen „politische Körperschaften" belegt. Vgl. Gierke a. a. O. I, S. 371, 384.

fungierenden Bürgersleute Mitglieder eines staatliche Hoheitsrechte ausübenden Organs, einer Behörde, sind, spricht man von einem Schöffen-„amte“. Auch ist zu berücksichtigen, daß die Begriffe Amt und Beamter sich nicht decken. So ist der Schöffe tatsächlich nicht Beamter, obwohl er ein Amt versieht. Das Beispiel des Schöffengerichts weist somit die Unrichtigkeit der Ansicht, daß eine Behörde aus Beamten bestehen müsse, nach.[46])

Wir schreiten nunmehr zum Begriffe der politischen Körperschaft. Wie schon bemerkt, gehen die Bemühungen, die politische Körperschaft zu umschreiben, fast durchweg von dem Gegensatz zur Behörde aus. So nennt Olshausen[47]) sie „Mehrheit von Personen, die, ohne Behörde zu sein, in einer von Reich oder Staat anerkannten Weise für Reichs- oder Staatszwecke tätig ist.“ Dieses „von Reich oder Staat anerkannten Weise“ kann nur dasselbe bedeuten, wie das bei der Behörde benutzte: „unter öffentlicher Autorität“. Sonst wäre ein auf dem Boden der Verfassung stehender Wahlverein oder eine wohltätige Gesellschaft eine politische Körperschaft. Ihre Tätigkeit für Staatszwecke wird vom Staate auch anerkannt, aber er leiht ihnen nicht seine Autorität. Da es sich ferner bei den politischen Körperschaften (des Reichs oder eines Bundesstaates) um inländische Körperschaften handelt, so wird man bei dieser unter der Autorität des Ganzen stehenden Zweckbestimmung des Teiles für das Ganze den politischen Körperschaften die Bezeichnung „Organ“ auch nicht verweigern können. Zweifellos ist der Reichstag Organ des Reiches, indem er ein Organ seiner Gesetzgebung ist.[48]) Wenn nun hiernach sowohl die Behörde Organ der Staatsgewalt, zu öffentlicher Tätigkeit für Staatszwecke berufen, als auch die politische Körperschaft Organ des Staates ist, so müßte der Behörde ein Merkmal mehr zukommen, welches alsdann ihre Eigenschaft als politische Körperschaft ausschlösse, wenn die bei Olshausen u. a. gegebene Definition richtig sein sollte.

[46]) Nicht richtig, daher G. Meyer a. a. O., S. 223: „Die Mitglieder der Behörde heißen Beamte“.

[47]) Zu § 197, ähnlich Franke § 197.

[48]) Vgl. Gierke I, S. 284, Jellinek, System. S. 158ff.

Alsdann wäre Behörde Staatsorgan mit diesem besondern Merkmal, politische Körperschaft Staatsorgan ohne dieses Merkmal. Der Oberbegriff beider bliebe: „Organ des Staates." Wäre dem so, so müßte unbedingt jenes beide trennende Merkmal festgestellt werden, da eben die Definition „Organ des Staates" die politische Körperschaft nicht erschöpfen würde, es würde dazu gehören die Abwesenheit jenes Merkmals. Olshausen jedenfalls hat das trennende Merkmal nicht angegeben. Scheint nach Olshausen das fehlende Merkmal den Behörden positiv zuzukommen, der politischen Körperschaft negativ, so schreibt Herzberg[49]) umgekehrt: „Die politischen Körperschaften sind nicht, wie die Behörden, bloße Organe der Staatsgewalt, sondern . . . ." Nach ihm müßte das unterscheidende Merkmal also den politischen Körperschaften positiv zukommen, welche also besonders geartete Organe wären. Jedoch ist seine Auffassung wohl die, daß die politischen Körperschaften überhaupt mehr als „bloße Organe der Staatsgewalt", also überhaupt nicht solche seien, da sie, wie er fortfährt, „zu selbständigem Handeln befugte Mehrheiten von Personen" seien. Hausmann[50]) aber findet den Gegensatz zur Behörde gar in der Unselbständigkeit dieser Personenmehrheiten; dagegen sehen Schwarze und Freudenstein den Unterschied darin, daß die politischen Körperschaften nicht „ständige Organe der Staatsgewalt"[51]) „ständige Organe der Staatsverwaltung"[52]) seien. Abgesehen von der Einigkeit darin, daß der behauptete Gegensatz bestehe, herrscht also über das Wesen des Gegensatzes eine bedeutende Uneinigkeit und Verwirrung, so daß dieser Gegensatz anstatt für die Erkenntnis der politischen Körperschaft ein Leitstern zu werden, das Gegenteil einer Aufklärung hervorgerufen hat. Es bedarf keiner großen Ueberlegung, um einzusehen, daß die Nicht-Ständigkeit nicht das unterscheidende Merkmal der politischen Körperschaft ist. Es ist nicht einzusehen, wie z. B. die Stadtverordnetenversammlung

---

49) S. 30.

50) S. 38.

51) Freudenstein, S. 130.

52) Schwarze, S. 577.

weniger ständig wäre, wie z. B. das Schwurgericht. Als Einrichtung, als Organe, sind vielmehr die politischen Körperschaften großenteils, da durch die Verfassung gewährleistet, ständiger, von wahrscheinlich längerer Dauer, als die meisten Behörden, die z. T. nur durch Verwaltungsakt, z. T. nur durch gewöhnliche Gesetze bestellt sind. Und daß die politischen Körperschaften weniger den Namen „selbständige Organe" verdienen sollten, als die Behörden, braucht wohl auch kaum widerlegt zu werden.

Der Kern der soeben angeführten Versuche zur Herstellung eines Gegensatzes dürfte aber vielleicht der sein, daß man Behörden Organe der Staatsgewalt, Staatsverwaltung, ja, Staatsregierung nennen will, während man den politischen Körperschaften ihre Eigenschaft als „Organe des Staates" zwar nicht abstreiten will, aber eben einen Gegensatz zwischen dem „Organ des Staates" und dem „Organ der Staatsgewalt" erblickt. So nennt auch Herzberg die politischen Körperschaften „staatliches Organ";[53]) und er definiert sie, wie schon angedeutet, als nicht bloße Organe der Staatsgewalt, sondern als zu selbständigem Handeln befugte Mehrheiten von Personen, welche verfassungsmäßig für Staatszwecke, namentlich als Vertreter des Volkes tätig sind.[54]) Es ist aber mißlich, zwischen einem Organ des Staates und einem Organ der Staatsgewalt zu unterscheiden. Man faßt alle Aeußerungen des Staates als Aeußerungen seiner Gewalt auf: ist doch das Wesen des Staates mit dem der Gewalt untrennbar verknüpft. Aber es ist ferner auch nicht richtig, das Wesen der politischen Körperschaften darin zu sehen, daß sie zwar Staatsorgane, aber nicht Organe der Verwaltung, sondern etwa nur der Gesetzgebung seien. Es ist zweifellos, daß alle politischen Körperschaften auch Verwaltungsorgane sind, wenn sie auch regelmäßig keine eigene Exekutive haben; man denke an die Mitwirkung bei der Aufstellung des Staats-, Gemeinde-, Reichshaushalts, an die Kontrolle der Verwaltung 2c. Aber auch ein Gegensatz des bloßen Staatsorgans zum Organe der Staatsregierung ist nicht vorhanden. Der Begriff „Regierung" findet

[53]) S. 33.

[54]) S. 30. Zu tadeln ist „verfassungsmäßig".

im organischen Staatsbegriff[54a]) keine andere Auslegung, als Inbegriff der Verwaltungsbehörden. Eine Regierung als Person gibt es nicht, eine Regierung als Gegensatz zum Staate ist undenkbar, die Regierung ist in ihren höchsten Spitzen bis zum Könige Glied des Staates, Staatsorgan. Organ der Staatsregierung ist also nichts anderes, als Organ der Staatsverwaltung, und das ist jede politische Körperschaft; eher ließen sich die richterlichen Behörden davon ausschließen als die politischen Körperschaften.[54b])

Gehen wir von dem Namen aus, um eine Erklärung zu finden, daß eine Körperschaft keine Einzelperson sein kann, haben alle bisherigen Definitionen anerkannt mit den Worten: „Mehrheit von Personen". Damit haben sie zugleich ausgedrückt, daß dieser Ausdruck „Körperschaft" nicht auf ein engeres genossenschaftliches Band zwischen jener Mehrheit von Personen, noch viel weniger auf juristische Persönlichkeit schließen lassen soll. Insbesondere ist es nach der Entstehungsgeschichte (s. unten) des § 197 ausgeschlossen, daß unter politischer Körperschaft die politischen Gemeinden[55])

[54a]) d. h. in dem als Einheit gedachten Staate. Ueber den Begriff der Einheit vgl. Jellinek, System, S. 20ff. Darüber, daß die Willensträger in dem als Einheit gedachten Staate als Organe zu bezeichnen seien vgl. ebenda S. 28ff, 35ff, ferner S. 213.

[54b]) Jellinek unterscheidet den Staat als Herrscher über die Einzelnen und als Diener des Gemeininteresses, weshalb „Regierung" nicht nur Recht, sondern auch Pflicht sei. Unter Regierung versteht er den willensbildenden und handelnden Staat. Alle Organe des „regierenden" Staates seien nun zwar im Gesamtinteresse da. Im besonderen, garantierenden Maße sei dies aber bei dem Parlament der Fall: Dieses sei „ein an der staatlichen Willensbildung teilnehmendes Organ des das Gemeininteresse verfolgenden Staates." (Jellinek, System, S. 225.) Wenn Jellinek Regierung den willensbildenden Staat nennt, so widerspricht das nicht der Möglichkeit, die Regierung Organ zu nennen. Denn den Willen des Staates bilden seine Organe. Dem widerspricht es wiederum nicht, von Organen der Regierung zu reden, denn der Einwand van Kriekens (die sog. org. Staatstheorie S. 132), Organe könnten nicht Organismen sein, ist für die Art und Weise, in der hier der Begriff Organ verwendet wird, (tätiges Glied), unrichtig. So ist die Staatsanwaltschaft zweifellos Organ des Staates, und der Staatsanwalt Organ der Staatsanwaltschaft.

[55]) Gebietskörperschaften vgl. Jellinek, a. a. O. S. 161.

verstanden werden sollten. Vielmehr sind darunter Mehrheiten von Personen zu verstehen, die in ähnlicher Weise wie die Mitglieder gesetzgebender Versammlungen miteinander verbunden sind. Das folgt aus den Worten: gesetzgebende Versammlung .... oder eine andere .... Körperschaft.

Es bleibt zu untersuchen, was das Wort „politisch" besagt.

Nach Analogie seiner Verwendung in dem Zusammenhange „politische Gemeinde" ist unter politischer Körperschaft eine den gesetzgebenden Versammlungen des Staates oder Reiches analoge Körperschaft innerhalb einer Gemeinde zu verstehen. Doch ist damit aus zwei Gründen keine sichere Erkenntnisquelle geschaffen. Einmal ist die Art der Zusammensetzung, der Aufgaben und der sonstigen rechtlichen Stellung der gesetzgebenden Versammlungen sehr verschieden. Das ihnen allen Gemeinsame ist hauptsächlich die Mitwirkung an der Gesetzgebung; eine gesetzgeberische Tätigkeit ist aber gerade den Gemeindeorganen nicht beigelegt;[55a]) infolgedessen ist schwer zu sagen, an welchen Merkmalen die den gesetzgebenden Versammlungen analogen Gemeindekörperschaften zu erkennen sein sollten. Andererseits ist das Verhältnis der politischen Gemeinde zum Staate und Reiche zu sehr dem Streit unterworfen, als daß es sich zum Vergleichsmittel eignete. Es wird daher hier der Versuch gemacht, von der Bedeutung des Wortes Politik her das Wörtchen politisch und damit die politische Körperschaft zu erklären.

Bei der Definition des Begriffs Politik wird herkömmlich unterschieden zwischen der Politik als Wissenschaft und der Politik als Kunst.[56]) Diese Gegensätze erscheinen unrichtig gewählt, da Kunst und Wissenschaft sich nicht ausschließen, sondern einander gegenseitig bedürfen:[57]) Können ohne Wissen und Wissen ohne

---

[55a]) Sie haben allerdings eine beschränkte Autonomie.

[56]) Siehe die Aufzählung bei Held, Staatslexikon, 3. Aufl., Bd. 11, 1864, S. 566 ff., ferner Holtzendorff, die Prinzipien der Politik S. 3, S. 8 ff. Schäffle in der Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft Bd. 53, S. 579.

[57]) Vielfach wird „können" und „wissen" synonym gebraucht. Ein andrer gemeinschaftlicher Gegensatz beider außer der Tätigkeit ist das Lernen, welches auf sie Bezug hat. Das Können ist wohl nicht mehr als eine

Können sind gleich unvollkommen. Beides sind Eigenschaften, ihr natürlicher Gegensatz ist die Tätigkeit, auf welche sie Bezug haben. Man unterscheidet daher wohl am besten zwischen der betrachtenden Politik und der tätigen Politik, der Politik als Wissenschaft und der Politik als Tätigkeit.[58])

Um beide festzustellen wird nun teils von der Politik als Wissenschaft,[59]) teils von der Politik als Tätigkeit (oder Kunst) ausgegangen.[60])

Bei ersterem Wege wird zwischen der Wissenschaft der Politik im engern und im weiteren Sinne unterschieden. Im weitern Sinne verstehen wir unter Politik das gesamte Wissen vom Staate, so daß Verfassungslehre, Verwaltungslehre, Völkerrecht, Gerichtsverfassung, ja, das ganze öffentliche Recht dazu zu zählen ist.[60a]) Schaltet man nun von dem Begriffe der Politik alle diese, eigne Wissenszweige bildenden Spezialgebiete aus, so ergibt sich als Politik im engern Sinne das, was übrig bleibt. Indem nun angenommen wird, daß jene losgelösten Spezialgebiete von dem Zustande des Staates handeln, (Rechtswissenschaften) wird vielfach behauptet, daß die Politik im engern Sinne von dem

---

Steigerung des Wissens, besonders durch Uebung; das Können ist das Fleisch und Blut gewordene Wissen, das instinktmäßige Wissen „Wissenschaft" begreift also „Kunst" in sich.

[58]) so Rehm im Handbuch des öffentl. Rechts, v. Marquardson, Einl.-Bd., 2. Abt., S. 9.

[59]) so z. B. Roller, Grundsätze der Staatswissenschaft, 1864, S. 1. v. Mohl, Geschichte der Literatur der Staatswissenschaften. Bluntschli, Politik und Moral, Staatswörterbuch, 81. Bd., 1864, S. 117 ff. v. Mohl, Encykl. § 84. Vorwiegend von der Politik als Wissenschaft handelt auch Jellinek a. a. O., S. 12 ff.

[60]) so z. B. v. Calker, Politik als Wissenschaft, 1898, S. 7. v. Hertling, Politik in Bruders Staatslexikon, 4. Bd., S. 405 ff. Röder, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Bd. I, S. 48 ff.

[60a]) Holtzendorff a. a. O., S. 4 ff.

Leben, von der Veränderung des Staates handele.[61]) Hiergegen wendet mit Recht v. Hertling[62]) ein, diese Definition passe auch auf die Geschichte.[62a])

Richtiger ist zweifellos der zweite Weg, nämlich die Erklärung von der Praxis her. Jede Wissenschaft wird durch ihren Stoff, ihr Objekt, definiert. Das Frühere im Verhältnis beider ist logisch und geschichtlich der Stoff. Die einzig richtige Definition der Politik als Wissenschaft ist daher wohl die, daß sie von der vernünftigen Politik als Praxis handele,[63]) und es scheint daher nötig, erst die Politik als Praxis, d. h. als Tätigkeit, zu erläutern.

Es ist wahr, daß jede menschliche Tätigkeit einen Zweck zu haben pflegt. Jedoch ist die Tätigkeit selbst zu diesem Zwecke nur Mittel, und der bestimmte Zweck ist mit ihrem Wesen so wenig verknüpft, daß nicht nur zu demselben Zwecke verschiedene Tätigkeiten tauglich sein, sondern dieselbe Tätigkeit den verschiedensten Zwecken dienen kann. Es ist daher nicht angängig, eine Tätigkeit durch ihren Zweck zu definieren, vielmehr muß der Zweck in der Definition fern bleiben.[64]) Nicht zu billigen

---

[61]) Bluntschli a. a. O., S. 117ff: „Politik und Staatsrecht verhalten sich wie Ruhe und Bewegung." „Politik sei die Theorie des staatlichen Lebens und seiner Veränderungen, im Gegensatz zu der Rechtswissenschaft als der Theorie der staatlichen Zustände" (zitiert bei v. Hertling a. a. O. Ferner Fröbel, Theorie der Politik, Wien, 1861/64, S. 1. „Die Wissenschaft und Kunst des Lebens im Staate," ebenso Zöpfl, Deutsches Staatsrecht, 6. Aufl. I, [29].

[62]) a. a. O., S. 405.

[62a]) so auch Holtzendorff a. a. O., S. 8.

[63]) so v. Hertling a. a. O., S. 406. Rehm a. a. O., S. 9.

[64]) Eine andere Frage ist es, ob bei Definition der Politik als Wissenschaft der Zweckgedanke zu verwerten ist. Ist sie das Wissen von der vernünftigen Politik, so bezieht sie sich notwendig auf den Zweck, da die oberste Frage der Vernunft die Frage nach dem obersten Zwecke ist. Vgl. daher Jellinek a. a O., S. 12, „Die Lehre von der Erreichung bestimmter staatlicher Zwecke." Eine andere Frage ist schließlich die, ob die Einheit einer Handlung an ihrem einheitlichen Zweck erkennbar ist. So Jellinek, System, S. 23. Denn allerdings muß jede menschliche Handlung einen Zweck haben, sie sei denn unvernünftig. Aber gerade darum ist der Zweck nicht dasjenige, was die eine Handlung von der anderen unterscheidet.

sind also die Definitionen der Politik als Tätigkeit, welche die Zwecke des Staates[65]) oder die Verwirklichung des Rechts[66]) als Zweck der Politik schlechthin angeben. Der richtige Zweck einer guten Politik mag die Verwirklichung des Rechts sein, soll zum mindesten das Beste des Staates sein. Aber kann eine Politik nicht auch Vernichtung des Rechts, Untergang des Staates, zum mindesten aber weder Recht noch Staatswohl, sondern persönliche Zwecke verfolgen?

Da demnach ein bestimmter Zweck nicht zum Wesen der Politik gehört, kann man noch weniger davon sprechen, daß „die richtige Wahl der Mittel"[67]) dazu gehöre.[68]) Denn diese richtet sich schon auf einen bestimmten Zweck. Wahl der Mittel ist grundsätzlich jede Tätigkeit. Da aber ein bestimmter Zweck nicht zu ihrem Wesen gehört, gehören auch nicht bestimmte „richtige" Mittel dazu. Ja, wenn auch jede Tätigkeit einen Zweck, der aber wechseln kann, hat, so ist doch selbst die richtige Wahl der Mittel zu dem jeweiligen Zwecke nicht Merkmal der Tätigkeit. Denn durch falsche Wahl der Mittel wird zwar der Zweck in Frage gestellt, nicht aber die Tätigkeit aufgehoben. Was für jede Tätigkeit gilt, gilt auch für die Politik. Der herkömlich mit diesem Wort verbundene Nebenbegriff besonderer Klugheit oder Schlauheit[68a]) hat mit dem Wesen der Politik ungefähr so viel zu tun, wie das schwarze Gesicht mit dem Schornsteinfeger. Der Begriff Klugheit und Kunst in diesem Sinne ist nur q u a l i t a t i v, nicht aber q u a n t i t a t i v bestimmend, so daß der anscheinende Gegensatz dazu: Dummheit und Un-

[65]) v. H e r t l i n g a. a. O. 407: „Politik im Sinne von Staatskunst oder Staatsklugheit" (besser also: als Tätigkeit) „ist die richtige Wahl der Mittel, durch welche jeweilig die Zwecke eines konkreten Staatswesens am besten realisiert werden; Politik als Wissenschaft die systematische und vollständige Erörterung der Gesichtspunkte, welche bei einer solchen Wahl in Betracht kommen."

[66]) R ö d e r a. a. O., S. 48: „Politik ist die lebenskunstgemäße Verwirklichung des Rechts und Staats, d. h. der Ideen des Rechts. Politik als Wissenschaft enthält die systematische Darstellung der dafür nötigen Regeln."

[67]) S. v. H e r t l i n g s Definition.

[68]) S. auch R ö d e r, „lebenskunstgemäße Verwirklichung" 2c.

[68a]) Vgl. hierzu S c h ä f f l e, Begriff der Politik, S. 580.

geschicklichkeit, nur eben ein geringes Maß von Klugheit ꝛc. bedeutet. Zweifellos gibt es eine schlechte Politik, die eben in der Wahl falscher Mittel besteht.

Richtiger Zweck und richtige Mittel bilden die richtige Politik, von ihnen handelt die Politik als Wissenschaft.[69])

Unter Politik als einer Tätigkeit verstehen wir am besten mit v. Calker:[70])

„Leitung der Staatsangelegenheiten",

oder, wenn wir den Staat nicht als einziges Wesen seiner Art, sondern nur als das stärkste aller in einem Volke bestehender Gemeinwesen ansehen, besser:

„Leitung öffentlicher Angelegenheiten."

Hierbei habe ich absichtlich, anstatt wie v. Calker den bestimmten, den unbestimmten Artikel gebraucht. Denn nicht nur die Leitung aller öffentlichen Angelegenheiten, sondern auch schon die einiger öffentlichen Angelegenheiten ist Politik: Finanzpolitik, äußere Politik ꝛc. Der Schwerpunkt dieser Definition liegt nun in dem Worte „Leitung." Es ist dies sehr eng aufzufassen.[71]) An sich umfaßt das Wort „Leitung" sehr verschiedene Grade des Einflusses.

---

[69]) Daher sind diese Merkmale in den Definitionen der Politik als Wissenschaft zu billigen: Roller, Grundsätze der Staatswissenschaften 1864, S. 1. Mohl a. a. O. Bluntschli a. a. O.: „Wissenschaft der Ziele des öffentl. Lebens und der Mittel dazu." Escher, Handbuch der praktischen Politik, Leipzig 1863, Bd. 1, S. 30. „Lehre von den Mitteln zur Erreichung der rechten Zwecke des Staates." Jellinek a. a. O. s. oben.

[70]) a. a. O.

[71]) Rehm a. a. O. S. 9, erblickt in der Politik als Tätigkeit lediglich das schöpferische Handeln in staatlichen Dingen. (Aehnlich Schäffle a. a. O., S. 593.) „Politik ist die neues schaffende Staatstätigkeit, im Gegensatz zur laufenden Staatstätigkeit." Gibt es nicht auch eine laufende politische Tätigkeit, die gar nichts Neues hervorbringt? Man denke an die Tätigkeit der Diplomaten, die viel öfter Altes zu erhalten als Neues zu schaffen berufen sind. Und gibt es nicht ferner auch eine Neues schaffende Staatstätigkeit, die nicht Politik ist? Man denke an eine Fortentwicklung des Rechts durch den usus fori. Die Definition Rehms ist nicht scharf genug. Was ist schöpferisch? Das Hervorbringen aus dem Nichts ist doch sicher nicht gemeint. Und was ist neu? Alles was geschaffen wird, ist neu. „Neues schaffend" ist also ein Zuviel. — Besser ist der Standpunkt Schmidts (Hand- und Lehrbuch

Jeder Stein im Bache leitet das Wasser.[71a]) Da aber die öffentlichen Angelegenheiten von Menschen wahrgenommen werden, so ist unter Leitung der öffentlichen Angelegenheiten nicht jede Beschäftigung mit denselben, sondern eine Leitung menschlichen Willens, eine bestimmende Beeinflussung von Menschen in Bezug auf öffentliche Angelegenheiten zu verstehen. Gegenüber dem nicht absolut fixierbaren Maße eigenen Ermessens, welches zum Begriffe einer Behörde gehört, findet sich für das Maß des leitenden Einflusses für den Begriff Politik eine sichere Grenze nach unten. Doch pflegt der Sprachgebrauch diese so weit heraufzuschrauben, daß es auch zur Sache des Gefühls wird, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob eine leitende Tätigkeit Politik genannt werden kann. Man nennt daher einerseits nur die Tätigkeit solcher Beamten Politik, welche in ihrer Amtsführung soweit selbständig sind, daß sie für weitere Kreise öffentlicher Angelegenheiten in der Wahl ihrer Mittel tatsächlich frei sind, so daß sie etwa diese Mittel auch zum Zwecke erheben können. Andererseits spricht man von der Politik einflußreicher Privatmänner, die ohne rechtliche Befugnis zum Eingreifen tatsächlich durch ihre persönliche Macht öffentliche Angelegenheiten (hinter den Kulissen) leiten. Je höher ein Beamter steht, je einflußreicher ein Privatmann ist, desto mehr nähert sich seine Einwirkung auf die öffentlichen Angelegenheiten einem Grade, daß man von einer Leitung derselben durch ihn, daß man von seiner Politik sprechen kann. Unzweifelhaft aber ist Politik die oberste Leitung öffentlicher Angelegenheiten. Diese kann nun

---

der Staatswissenschaften von Heckel, 3. Abt., Bd. 1, S. 29): „Maßregeln, wodurch der Regierende die augenblickliche Lage des Staatslebens freischöpferisch gestaltet." Dies alles ist jedoch schon mit dem Worte „Leitung" (s. o.) ausgedrückt. Holtzendorff a. a. O. gebraucht mehrfach das Wort „Leitung" des Staates für die Tätigkeit des Politikers, z. B. S. 32, 58.

[71a]) Wenn man in diesem Sinne die Ausübung des Wahlrechts als eine „Leitung" öffentlicher Angelegenheiten erachtet, so kann man alsdann auch von der Politik des einzelnen Bürgers reden. Nicht dagegen ist das „Politisieren" der Einzelnen Politik, wie Schäffle a. a. O., S. 581 f. angiebt. Denn die theoretische Beschäftigung mit der Politik ist weder tätige Politik noch — in den meisten Fällen — Wissenschaft. Die tätige Politik des Einzelnen erschöpft sich demnach in der Ausübung seiner politischen Rechte.

entweder tatsächlich oder auch rechtlich bestehen. In letzterem Falle kann sie auf eigenem Recht oder auf Auftrag beruhen. Tatsächlich leitet die öffentlichen Angelegenheiten ein energischer Hofmann, welcher den willenlosen König beherrscht. Rechtlich leitet sie nicht nur der König, sondern auch seine Minister und hohen Beamten, und es kommt, wie gesagt, auf das Maß ihrer Befugnisse an, ob man ihre Tätigkeit noch Politik nennen will. Nach eignem Rechte treibt aber Politik von allen diesen nur der König. Die Minister und Beamten treiben die Politik des Königs, ihr Einfluß, ihre Leitung beruhen auf Auftrag.[72]) Soweit tatsächliche Politik weder auf eignem Recht noch auf Auftrag beruht, also soweit sie nicht auch rechtlich besteht, ist es unberechtigte, eventuell unerlaubte, verbotene Politik. So ist es denkbar, daß Beamte abweichend von der ihnen bekannten Absicht des Königs ihre Politik einrichten; so kann die Kommandoführung eines Generals, die Rechtsprechung eines Gerichts zur Politik werden, obgleich ihre Selbständigkeit rechtlich aufs engste gebunden ist. Alle diese Personen treiben dann unerlaubte Politik.

Wenn nun das Gesetz von politischen Körperschaften redet, so ist es fraglos, daß es nicht jede Körperschaft meint, welche Politik treibt, d. h. Staatsangelegenheiten leitet[73]) sondern nur solche, welche rechtlich Politik treiben, d. h. zu politischer Tätigkeit berechtigt sind, zur Leitung öffentlicher Angelegenheiten berechtigt sind. Und aus der Geschichte des § 197 St. G. B. geht hervor, was in der Rechtsprechung hinreichend Ausdruck gefunden hat, nämlich daß nicht etwa mit der Leitung beauftragte Körperschaften, sondern nur aus eignem Recht leitende Körperschaften als politische des § 197 zu verstehen sind. Der § 197 ist entstanden aus den §§ 102, 103 des Preußischen Strafgesetzbuches von 1856, welche fast wörtlich mit den §§ 23, 24 der Verordnung vom 30. Juni 1849 übereinstimmen.[74]) Danach ist das Ermächtigungserfordernis zuerst bei den beiden Kammern

---

[72]) wenigstens soweit deutsche Verhältnisse in Frage kommen.

[73]) nicht nur sich mit Politik als Wissenschaft beschäftigt (burschenschaftliche Kränzchen), sondern tätige Politik treibt.

[74]) Vgl. Herzberg a. a. O. S. 9, welcher auch den Wortlaut zitiert.

Preußens aufgetreten, erst in § 197 St. G. B. auch bei Beleidigung einer anderen politischen Körperschaft aufgestellt, von diesem aber auf die Beleidigung von Regenten und Bundesfürsten ausgedehnt worden. Das den beiden Kammern Preußens, den gesetzgebenden Versammlungen des deutschen Reichs oder eines Bundesstaates, den Regenten und Landesfürsten Gemeinsame ist aber die Politik aus eigenem Rechte, die rechtlich freie[74a]) und unverantwortliche Entscheidung in öffentlichen Angelegenheiten. Da nun grade die politische Tätigkeit der „andern politischen Körperschaften" es ist, welche sie des gleichen Schutzes wie obige politische Personen teilhaftig macht, so ist anzunehmen, daß sie Körperschaften sind, welche ebenso wie jene in Staatsangelegenheiten, so in anderen öffentlichen Angelegenheiten, also den Angelegenheiten andrer öffentlicher Gemeinwesen, rechtlich frei und unverantwortlich, aus eignem Rechte, leitende Entscheidung haben. Das sind also vor allem die Vertreter-Versammlungen aller öffentlichen Selbstverwaltungskörper, welche mit öffentlichen Angelegenheiten zu tun haben.

Nun erhellt aber auch, daß auch alle gesetzgebenden Versammlungen politische Körperschaften sind, denn, wie die andern politischen Körperschaften kommunale, so leiten sie staatliche Angelegenheiten frei und unverantwortlich. Frei und unverantwortlich entscheidet auch der Bundesrat als Ganzes, wenn auch seine Mitglieder an Instruktionen gebunden sind. Nur der Bundesrat kann nach bestehendem Staatsrecht seine eignen Beschlüsse abändern.[75])

War also „Behörde" Organ eines öffentlichen Gemeinwesens zur Tätigkeit in öffentlichen Angelegenheiten mit gewisser Selbständigkeit,

so ist „politische Körperschaft"

[74a]) Die Freiheit der Entscheidung als Merkmal der Politik auch bei Holtzendorff a. a. O., z. B. S. 57, 86.

[75]) Vgl. Laband, Handbuch des öffentl. Rechts II, 1, § 11: „Die Abstimmung ist ein Formalakt, und ihre rechtsverbindliche Kraft unabhängig davon, ob sie wirklich durch die erhaltene Instruktion gerechtfertigt erscheint oder nicht." Dort zitiert: ebenso Seydel S. 246 (Commentar zur Reichsverfassung, 1897.)

Organ eines öffentlichen Gemeinwesens zur Leitung öffentlicher Angelegenheiten mit völliger Selbständigkeit (rechtlich frei und unverantwortlich).

Tätigkeit und Leitung sind aber so wenig Gegensätze, daß jedes zugleich das andere ist. Der Unterschied zwischen Behörde und politischer Körperschaft liegt also nur in dem Grade der Selbständigkeit: somit ist jede politische Körperschaft zugleich als Behörde[76]) zu bezeichnen, und von den Behörden in diesem weiteren Sinne sind die, welche irgend welche öffentlichen Angelegenheiten mit völliger Selbständigkeit, rechtlicher Freiheit und Unverantwortlichkeit leiten, als politische Körperschaften zu bezeichnen und im gegebenen Falle nicht nach § 196, sondern nach § 197 St. G. B. zu behandeln.[77])[78]) Dieser hier gewonnene Unterschied zwischen Behörde und politischer Körperschaft findet übrigens auch schon in dem Inhalte der §§ 196 und 197 seine Anerkennung. § 196 spricht von dem Vorgesetzten der Behörde, den sie also zum mindesten begrifflich haben kann. Damit ist die Beschränkung ihrer Selbständigkeit als begrifflich zum mindesten möglich ausgesprochen. Umgekehrt überläßt § 197

---

[76]) Jedoch kann der § 196 St. G. B. für politische Körperschaften nicht in Anwendung kommen, da sie keine Vorgesetzten haben. Der Reichskanzler ist nicht Vorgesetzter des Bundesrats. E. R. G., Bd. 7, S. 384. Auf diesem Wege ließe sich wenigstens für die Entscheidung, was Behörde nach § 196 sei, als Merkmal der Behörde das Vorhandensein eines Vorgesetzten herleiten. Danach wäre der Magistrat nur politische Körperschaft, während er richtiger Ansicht nach (auch!) zu den Behörden zu rechnen ist. Vgl. Rechtspr. d. R. G. in Strfs., Bd. 4, S. 135.

[77]) So sind von den Ausschüssen im Bundesrate die nur vorübergehend gebildeten weder Behörde noch politische Körperschaft, die durch die Geschäftsordnung geschaffenen ständigen sowie die auf Reichsverfassung beruhenden dauernden als Behörden zu erachten, und von den dauernden würden diejenigen, welchen durch spezielle Anordnungen der Reichsverfassung und der Reichsgesetze gewisse Angelegenheiten zur selbständigen Erledigung zugewiesen sind, soweit sie darin rechtlich frei entscheiden, politische Körperschaften sein.

[78]) Nach der hier vertretenen Ansicht sind also sowohl der Bundesrat als auch städtische Magistrate zu den politischen Körperschaften zu zählen. Anders die herrschende Meinung, mit der Begründung, daß die Magistrate Behörden seien, daher nicht politische Körperschaften sein könnten.

den Anstoß zur Strafverfolgung des Beleidigers der beleidigten Körperschaft selbst: sie allein hat, wie in anderen Dingen, so auch hierin, frei zu entscheiden.[79][80])

[79]) Laband a. a. O., Bd. II, S. 339, findet ein Merkmal der Behörde darin, daß sie niemals dem Staate gegenüber ein subjektives Recht habe, Dadurch sei „der begriffliche Gegensatz zwischen einer Staatsbehörde und einem Selbstverwaltungskörper oder dem Inhaber eines patrimonialen Hoheitsrechtes gegeben." Laband selbst konstatiert hierin also nur einen Gegensatz zu den Selbstverwaltungskörpern, nicht zu deren politischen Organen. Als Rechtssubjekte, die gegen einander subjektive Rechte haben, können auch nur Verbände gedacht werden, nicht Verbände und deren Organe. Die Rechte der Organe auf Ausübung dieser oder jener Tätigkeit für den Verband richten sich nicht gegen den Verband als Rechtssubjekt, sondern allenfalls auf diesen als Rechtsobjekt: es sind Rechte am Verbande, wie die Mitgliedschaftsrechte, das Recht des Vorstandes Rechte am Verein sind. Wie der Verein dieses Recht dem Vorstande nehmen kann, so kann der Verband dem Organ seine Rechte nehmen. Dies gilt aber ebenso von den Behörden als auch von den politischen Körperschaften. Vgl. Jellinek a. a. O., S. 513: Das Organ habe kein eigenes Recht, der Einzelne hingegen könne ein Recht auf Organstellung haben. Derselbe, System, S. 213ff.

[80]) Vgl. auch noch das Pr. Ges. vom 28. 8. 1876, Ges. S. S. 389 betr. die Geschäftssprache der Behörden, Beamten und politischen Körperschaften des Staats, bes. § 1 und § 3. Sollten unter politischen Körperschaften nur Vertreterversammlungen von Kommunalverbänden und des Staates verstanden werden, so bedurfte es der Aufzählung in § 3 nicht. Es hätte lauten können: „Aufzeichnungen der Schulvorstände sowie der politischen Körperschaften" (beachte vorher: „für einzelne Kreise" 2c.)

§ 3.

Nachdem wir in § 1 und 2 die den drei Gesetzesstellen des Strafrechts, in denen die Ermächtigung vorkommt, gemeinsamen Momente aufgesucht und untersucht haben, können wir uns dazu wenden, die Natur des Ermächtigungserfordernisses zu besprechen. Es soll hierbei von der Natur des ihm in vielen Punkten verwandten Antragserfordernisses ausgegangen werden.

Es hat eine Reihe von Jahren ein erbitterter Streit über die Natur des Strafantrages bestanden: Die einen wollten in ihm etwas rein Prozessualisches, die anderen eine rein materielle Frage erblicken, eine dritte Meinung — oder Gruppe von Meinungen! denn zahlreich wie die Strafrechtstheorien sind die Theorien über den Antrag![1]) — sah in demselben ein formell-materielles Gemisch. Eine dem letzteren entsprechende Ansicht dürfte zur Herrschaft gelangt sein, obgleich der Streit eher als zum Stillstand gekommen, denn als beendet anzusehen ist. Die auf dem Gebiete des Antragrechts geleisteten Arbeiten für die Erkenntnis der Ermächtigung sich nutzbar zu machen, liegt nahe und ist angesichts der völlig übereinstimmenden Zweifelsgründe hier wie da berechtigt. Hier wie da handelt es sich um Urteilserfordernisse, welche vom Willen des Angeklagten unabhängig zu sein und mit der Schuld nichts zu tun zu haben scheinen; während andererseits die Natur des Verbrechenstypus, der Kreis der Handlungen, welche mit Strafe bedroht werden sollen, durch die Erfordernisse des Antrages wie der Ermächtigung beeinflußt,

---

[1]) Vgl. d. Aufzählung bei Hausmann, a. a. O. S. 34 und unten Anm. 68.

m. a. W. das, was man häufig als den „Strafanspruch“ des Staates bezeichnet, bestimmt oder bedingt erscheint. Mir erscheint der Ausdruck „Strafanspruch“ nicht glücklich. Er ist zweideutig wie das Wort Anspruch und wie die actio überhaupt: er bedeutet das Recht und die Geltendmachung des Rechts im Prozesse zugleich. Ferner aber ist es nicht wahr, daß der Staat im Strafprozesse von seinen eigenen Beamten, von seinem Richter, von sich selbst also, etwas beansprucht, noch weniger aber, daß er Bestrafung beansprucht. Der Staat hat durch den Strafvollzug, den er „beansprucht“, nur Übel. Mit dem Begriffe des „Anspruchs“ scheint mir bei so vielen Schwierigkeiten, die daraus erwachsen, nichts geklärt.[2]) Die Frage, was im Strafrechte materiell und formell sei, läßt sich nicht mit ihm aus anderen Disziplinen her aufgeprägten fremden Begriffen, sondern nur aus dem Strafrechte als einer Disziplin des öffentlichen Rechts eigenen Gesichtspunkten entscheiden. Wenn wir als öffentliches Recht den Komplex derjenigen Normen betrachten, welche die Interessenbeziehungen öffentlicher Gemeinwesen als solcher zu öffentlichen Gemeinwesen oder zu ihren[3]) Gliedern regeln, so ist öffentliches Strafrecht – und ein solches gibt es heute nur — der Komplex derjenigen Normen, welcher die Interessenbeziehungen zwischen einem öffentlichen Gemeinwesen — vorzüglich dem Staate — und seinen Gliedern regeln, soweit sie sich aus einer Übeltat ergeben. Die markanteste Interessenbeziehung entspringt aus einer Übeltat zwischen dem Staat und dem Übeltäter, in dem das Interesse des Gemeinwesens, den Täter zu bestrafen, mit allen Interessen des Täters kollidiert. Ein Anspruch erwächst dem Staate nicht, da von dem Täter eine Leistung nicht verlangt wird. Der Wille des Verbrechers ist bei der Bestrafung nicht aktiv, sondern passiv. Die strafrechtlichen Interessenbeziehungen bedürfen wie alle erzwingbar

[2]) Daher aus der Betrachtung des Strafantrages als Bedingung dieses Strafanspruchs die entgegengesetzten Schlüsse für die Natur des Antrages gezogen worden sind. Vgl. v. Lißt, Lehrbuch des Strafrechts, § 43 II und Schütze, Lehrbuch, § 49. Näheres s. unten.

[3]) d. h. Gliedern irgend eines Gemeinwesens.

zu regelnden Beziehungen einer dreifachen Normierung: in ihren Voraussetzungen, deren Folgen und in der Durchsetzung der Folgen.

Das Strafrecht handelt demnach von den Verbrechen: es gibt an, welche Übeltaten zu strafen sind; von den Strafen: es setzt auf jeden Typus der Übeltaten eine bestimmte Drohung; und von dem Verfahren zwecks Anwendung der angedrohten Strafe auf eine konkrete Tat. Dieses letztere zerfällt in die Feststellung, daß eine strafbare Übeltat begangen ist, nebst Festsetzung der Strafe für diese konkrete Tat, und in den Strafvollzug. Hiervon sind materielles Strafrecht die Sätze, welche von den Verbrechen und deren Strafen handeln. Denn sie geben nebst der konkreten Tat die Prämissen zu dem Schlusse, welcher über Lebensgüter entscheidet. Dagegen sind die auf das Verfahren bezüglichen Sätze formelles Strafrecht, denn das Verfahren ist eine Summe von Handlungen, welche grundsätzlich die Verteilung der Lebensgüter nicht beeinflussen. Das Strafrecht beeinflußt die Verteilung der Lebensgüter durch die Strafe.[4]) Diese wird also durch das materielle Strafrecht festgesetzt. Demnach müßte jeder Satz, welcher Strafe oder Straflosigkeit im konkreten Falle festsetzt, materiellen Rechtes sein, und damit auch der Strafantrag: wo kein Antrag, da keine Strafe. Andererseits bezieht er sich ersichtlich auf das Verfahren: er erscheint als eine Prozeßvoraussetzung[5]); und dieser Zweifel entsteht bei allen Prozeßvoraussetzungen, denn sie hindern mit dem Prozeß auch die Strafe. Eine bloße Prozeßvoraussetzung kann jedoch durch ihre Abwesenheit nur die Strafe hindern: ihre Anwesenheit ist aber für den logischen Schluß: „Diese Tat verdient diese Strafe“ keine Prämisse. Es scheint sich sonach die Frage nach dem Materiellen und Formellen im Strafrecht aufzulösen in die Frage: „Was ist verdiente Strafe?“ oder in die Frage nach der Gerechtigkeit der Strafe. Die Zugehörigkeit des Strafantrages — wie der Ermächtigung — zum formellen oder materiellen Straf-

[4]) im konkreten Falle.

[5]) v. Kries, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 5, S. 1 ff.

recht läßt dennoch wohl nur vom Boden einer zum Ausgang gewählten Strafrechtstheorie entscheiden.[6])

In dem Zweifel, ob wir zum Ausgangspunkt eine absolute, eine relative oder eine der Vereinigungstheorien wählen, scheinen die Erwägungen **Merkels** beachtenswert.[7])

Merkel weist, indem er den Strafanspruch (um mit ihm zu reden, § 64) mit dem Zivilanspruch und die Strafe mit der Eintreibung einer Forderung und ähnlichem vergleicht, darauf hin, daß eine absolute Straftheorie in dem Sinne, daß die Strafe nicht auch einen auf die Zukunft gerichteten Zweck habe, ebenso wenig sich rechtfertigen ließe, wie eine Zwecktheorie, die den Grund der Strafe nicht auch in der Übeltat erkennt.[8]) Dem ist beizustimmen. Wenn tatsächlich den absoluten Theorien vorzuwerfen wäre, daß sie wohl den Grund der Strafe angäben, aber ihr den Zweck absprächen, so wäre nach ihnen die Strafe nur entschuldigt, nicht aber gerechtfertigt. Ein Übel — und dieses ist die Strafe —[9]) könnte nicht Selbstzweck sein. Aber ist dem so?[10])

---

[6]) Wenn **Hälschner** im System des Preußischen Strafrechtes, Bd. 2, § 4, S. 11, leugnet, daß die Strafrechtstheorie „die wissenschaftliche Grundlage des Strafrechtssystems selbst ausmachen soll", so widerspricht er sofort darauf seiner eigenen Meinung, indem er nicht nur die Strafrechtstheorien tatsächlich am Eingange seines Werkes behandelt, sondern dies auch damit begründet, es gelte „schon vorläufig den wissenschaftlichen Standpunkt des Systems kenntlich zu machen."

[7]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889, S. 188f. „Ob die Strafe Grund und Maß in dem begangenen Verbrechen habe, oder ob sie, der Zukunft zugewendet, bestimmte Interessen zu fördern und Grund und Maß in der damit bezeichneten Aufgabe habe . . . . . . der in dieser Frage vorausgesetzte Gegensatz bestehe „nur für diejenigen, welchen der kausale Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafen verborgen geblieben ist."

[8]) „Wie bei diesen Handlungen der Umstand, daß ihre Begründung auf ein Vorhergegangenes zurückweist, nicht ausschließt, daß sie mit ihrem Zwecke der Zukunft zugewendet sind, so nicht bei der Strafe."

[9]) Wenn die Besserungstheorien das leugnen, so schaffen sie schlechterdings den Kernpunkt der Frage bei Seite. Ein Strafrechtsproblem besteht nur für diejenigen, welche in der Strafe ein Uebel erblicken. Es ist aber ein Selbstbetrug, wenn man zu übersehen vorgiebt, daß die Strafe von jeher

Alles was aus einem Grunde bewußt geschieht, geschieht damit auch zu einem Zweck, nämlich, um für die Zukunft die Forderung des Grundes zu befriedigen. Dies ist auch keineswegs von den absoluten Theorien verkannt, denn was auch eine solche Theorie als zwingenden Grund der Strafe angeben mag, so ergibt sich von selbst aus der Annahme des Grundes die Befolgung desselben als Zweck. So auch bei Kant, welcher nicht jeden Zweck der Strafe ablehnt, sondern nur andere Zwecke als die der Gerechtigkeit.[11] [12] [13]

Bemerken wir, daß hier von Grund und Zweck der Strafe, noch nicht aber von ihrem Maße die Rede ist.

Es ist nun aber ersichtlich nichts erklärt, wenn wir die Gerechtigkeit als den Grund der Strafe angeben. Denn dieses Wort erläutert nicht das Problem, wie es Recht sein könne, einem Menschen Übles zuzufügen um des Übels willen. Daher Kant anstatt einen befriedigenden Grund der Strafe anzugeben,

---

ein Leiden des Täters beabsichtigte. Oder sollte die Welt seit Jahrtausenden unter dem Namen Gerechtigkeit Ungerechtigkeit geübt haben?

[10]) Sehr richtig bemerkt hierzu v. Lißt: (Lehrbuch § 13, S. 83), „Daß Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe keine Gegensätze sind, erhellt schon daraus, daß die Vergeltung als Strafzweck gesetzt werden kann."

[11]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, S. 196: „Richterliche Strafe . . . . . . kann niemals blos als Mittel ein anderes Gute zu befördern — . . . . sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat."

[12]) s. S. 197.

[13]) Durch die Zweifel v. Bars, Geschichte des deutschen Strafrechts, Berlin 1882, S. 330, wird es nötig, sich darüber klar zu werden, daß die Gerechtigkeit entweder zweierlei bedeutet oder zwei Funktionen hat. Sie fordert Strafe überhaupt und bestimmt das Strafmaß. Nur in der letzten Auffassung spricht v. Bar von ihr, wenn er sagt, daß „diese Gerechtigkeit (die Gerechtigkeit des Strafmaßes) dem Prinzipe des Strafrechts an sich fremd ist." Nach ihm betrachtet die „Gerechtigkeit" der Strafe an sich nur die konkrete Übeltat, während die „Gerechtigkeit" des Strafmaßes die Übeltat mit anderen Übeltaten und deren Strafen in concreto geschichtlich vergleicht. Diese Auffassung hängt damit zusammen, daß nach ihm wie die Tat, so auch die Mißbilligung derselben inkommensurabel sind und der Verbrecher schlechthin zur Disposition der Gesellschaft steht. Daß aber eine Tat als Übeltat am menschlichen Empfinden ebenso gemessen werden kann, wie die Strafe, wird als Erfahrungssatz weiter unten noch einmal festgestellt werden.

sich beschränkt, ihre Verhängung einen kategorischen Imperativ zu nennen[14]), also einen Imperativ, der unbedingt wirkt, der eine Handlung nicht durch die Vorstellung eines Zweckes, sondern „durch die bloße Vorstellung dieser Handlung selbst notwendig macht".[15]) Also ist der Zweck des Strafens Strafen, der Grund des Strafens, „weil er verbrochen hat."[16]) [17])

Wenn Kant die Möglichkeit einer Erkenntnis über den Imperativ des Strafgesetzes hinaus demnach verneint, so haben andere versucht, die Erkenntnis dieses Imperativs selbst auf bekanntes Gebiet zu stellen.[18]) Dahin gehört das Unternehmen Stahls, ihn als göttliches Gebot zu erklären. Aber das göttliche Gebot erklärt tatsächlich so wenig wie das Gebot der Gerechtigkeit. Es setzt eine Unbekannte für die andere und enthält wie so häufig die Berufung auf Gott das Geständnis der Unzulänglichkeit des menschlichen Geistes, ein Faktum zu erklären. Ja die Berufung auf göttliches Gebot führt die Schwierigkeit des Problems erst recht vor Augen, denn mit der Allgüte des Ewigen scheint das zwecklose Strafübel unvereinbar.

Auf den Menschen[19]) und zwar auf ein Geschmacksurteil führt Herbart die Forderung des Strafgesetzes zurück. Sein Verdienst ist es, das Strafgesetz als eine Funktion des Menschen erkannt zu haben und das Wohl- oder Übelgefallen des Menschen als hinreichenden Grund, zu handeln, aufgestellt zu haben. Seine Theorie scheitert jedoch daran, daß er das Gefallen rein verstandesgemäß zu begründen sucht und die Empfindung außer Acht läßt.

---

[14]) S. 196.

[15]) Einleitung S. XX, a. a. O.

[16]) „Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete, — — — müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden."

[17]) S. 199.

[18]) Vgl. Lißt a. a. O., S. 82, Anm. 4.

[19]) Vgl. Held, Politik und Moral, Staatslexikon, Bd. 11, S. 569: „Zu dem Ausgange der modernen politischen Wissenschaft von dem ganzen und wahren Wesen des Menschen finden wir die wahre Realität." Das gilt von jeder Wissenschaft.

Seine Theorie lautet:

Die Tat als Störerin mißfällt, es sei eine Wohltat oder eine Wehetat, sie muß daher vergolten werden, um das Mißfallen aufzuheben; Vergeltung ist das Symbol, worin das Mißfallen sich ausdrückt, ist eine Negation der Tat.[20] Wird nun Wohltat mit Wohltat vergolten, so wird durch das gegenseitige Wohlwollen ein unendliches Wohlgefallen geschaffen.[21] Anders bei der Vergeltung der Übeltaten. Hier kann Vergeltung nicht unmittelbar Zweck sein, da in dem Begriff[22] derselben liege, daß man das vergeltende Übel darum, damit der Übeltäter ein Übel erleide, ihm zuzufügen beschließe. Damit falle die Vergeltung in die Sphäre des Übelwollens und müsse an sich selbst mißfallen.[23] Daraus folgt, daß es keine Strafe um der Strafe willen geben solle, sondern daß die Strafe eines Motivs bedürfe.[24] Das Motiv kann von den Ideen der Vollkommenheit, des Wohlwollens, des Rechts herstammen; die Strafe kann zur Besserung, sie kann zur Abschreckung bestimmt sein.[25] Es sei daher zu unterscheiden zwischen der durch die Übeltat gegebenen Möglichkeit, gestraft zu werden, und der auf den besonderen Strafmotiven beruhenden Möglichkeit, zu strafen.[26]

Mit diesem Gedankengange offenbart Herbart einen Zwiespalt. Die Klippen des Strafübels kann er mit dem Nachen des Geschmacksurteils nicht umschiffen. Die Strafe mißfällt ihm wie die Tat. Um das in ihr liegende Übelwollen kommt er nur mit den Motiven der Besserung und Abschreckung herum.

Es liegt dies daran, daß er nicht voraussetzungslos prüft: „Was gefällt? Was mißfällt?", sondern das Gefallen von einem

[20]) S. 57. Johann Herbarts Schriften zur Praktischen Philosophie, herausgegeben v. Hartenstein, Leipzig 1851.

[21]) S. 62.

[22]) Vgl. die hieraus sich ergebende Begriffsbestimmung mit der weiter unten S. 64 gegebenen.

[23]) S. 84.

[24]) S. 85.

[25]) S. 86.

[26]) S. 85.

Urteil abhängig macht: „Was muß gefallen?" und da er hierbei falsch schließt, so kommt er mit dem, was tatsächlich gefällt, in Widerspruch. Es ist nicht wahr, daß die Tat an sich mißfällt; die Tat als Lebensäußerung gefällt.[27]) Es ist Herbart auch schwer gefallen, das zu einem Geschmacksurteil über die Tat nötige Verhältnis aufzustellen. Das zweite Glied des Vergleiches der Tat findet er in ihrer Verneinung.[28]) Darnach müßte alles mißfallen; denn alles kontrastiert mit seiner Verneinung und stört durch sein Vorhandensein den Zustand, der ohne es wäre. Zugestanden, daß die Übeltat mißfällt. Hier soll der Grund dieses Mißfallens nicht erörtert werden. Jedenfalls liegt er in dem Übel und nicht in der Tat. Aber Herbarts Theorie würde den konstatierten Widerspruch vermeiden, wenn er nicht ein zweites Mal das Gefallen dem gesuchten Urteil unterordnete. Ihm mißfällt das Wehetun der Strafe, weil darin ein Übelwollen liegt. Die Strafe mißfällt aber nicht; im Gegenteil, sie erweckt Wohlgefallen. Wir verlangen ja nach der Bestrafung des Verbrechers. Und um dieses vorgebliche Mißfallen zu beseitigen, beseitigt Herbart das Übelwollen, indem er für die Strafe nicht dieses, sondern „Ideen der Vollkommenheit, des Wohlwollens, des Rechts" als Motive erklärt. Wie wenig beseitigt er damit aber die Tatsache, daß wir dem Verbrecher übelwollen! Und es ist wohl nicht zu viel behauptet, daß die Strafe ein Ausdruck dieses Übelwollens und dieses ihr wahrer Grund ist.

„Die Unbrauchbarkeit des ästhetischen Urteils zur Gewinnung eines festen Bodens für das Strafrecht" betont v. Bar, ein Herbartschüler[29]) und folgert die Notwendigkeit der Strafe aus einem moralischen Urteil.[30]) Er vergleicht die Tat mit der

[27]) Vgl. z. B. unter unseren Dichtern den, welchem die Tat an sich so sehr gefiel, daß er Faust getrost schreiben läßt: „Im Anfang war die Tat!"

[28]) S. 56 f. Die Tat könnte nicht als Tat gedacht werden, wenn nicht durch sie etwas getan würde, was ohne sie nicht statt gehabt hätte . . . . und dieser Gegensatz ist es, welcher dem Geschmacksurteil . . . . . zum Gegenstande dient.

[29]) Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien Berlin 1882, S. 273—275.

[30]) Theorie der sittlichen Mißbilligung S. 311 ff.

Moral, es mißfällt ihm daher nicht die Tat, sondern die Übeltat. Andererseits, da er die Moral anstelle des Geschmacks setzt, vermeidet er den Herbart'schen Zwiespalt: Die Strafe mißfällt ihm nicht als Äußerung des Übelwollens, sondern sie ist ihm eine Äußerung der Moral, des Grundprinzipes selbst, kann also mit dieser nicht im Widerspruche stehen. Ja, er hat gerade dieses Übelwollen als Wirkung des Urteils über die Tat erkannt. Was mir mißfällt, dem will ich übel; wie kann mir dieses Übelwollen, wie kann mein Wille mir mißfallen! Indem aber v. Bar die Idee der Vergeltung[31]) verwirft, ohne ein Äquivalent dafür zu setzen, entzieht er seiner Theorie den festen Boden, v. Bar stellt den Übeltäter außer der Rechtsordnung,[32]) daher zur Disposition der Gesellschaft.[33]) Jeder Ausdruck der Mißbilligung bis zur völligen Vernichtung sei Recht. Dabei sei das, was man allenfalls Vergeltung nennen könne, nicht etwa Übel oder Wehetun, sondern einfach Minderung des Gedeihens, Hinderung der Entwickelung.[34]) Die moralische Ordnung kehrt sich von dem Übeltäter ab, oder sie wendet sich gegen ihn, was genau betrachtet, dasselbe sei.[35]) Kurz, anstelle der Vergeltung tritt die Mißbilligung. — Diese aber erklärt in keiner Weise die Notwendigkeit des Strafübels, welches denn bei v. Bar mehr wie eine zufällige Begleiterscheinung der Mißbilligung, nicht als Notwendigkeit erscheint. Hier drängt sich aber doch die Frage mit Gewalt hervor: Ließe sich diese Mißbilligung nicht ebenso gut ohne alsdann überflüssiges Wehetun ausdrücken?[35a])

---

[31]) welche Herbart trefflich mit den Worten ausdrückt: „Rückgang des gleichen Quantum Wohl oder Wehe, von dem Empfänger zum Täter, ist das, worauf das Urteil weiset" — a. a. O. S. 57.

[32]) S. 317.

[33]) S. 318.

[34]) Vgl. aber Geyer, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Neue Folge Bd. V. (Bd. 24) 1882, S. 438.

[35]) S. 319.

[35a]) Dementsprechend fordert eine russische Strafrechtstheorie, die von Gretener als „Theorie der rechtlichen Mißbilligung" gekennzeichnete Theorie Sergejewskys Reduzierung des Strafleidens auf ein Minimum. Vgl. Gretener, Russischer Literaturbericht in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 4, S. 299, 300.

So lautet v. Bars Mißbilligungstheorie in 3 Sätzen folgendermaßen:[36])

„Das Strafrecht beruht auf der in gewissem Umfange notwendigen sittlichen Mißbilligung unsittlicher ...... Handlungen. Diese Mißbilligung ist insofern notwendig, als die Sittlichkeit überhaupt auf einer gewissen Solidarität des sittlichen Urteils aller beruht und sich fortbildet ...... das, was wir gewöhnlich Strafe nennen, ist nur ein äußeres Nachdrucksmittel der sittlichen Reprobation ......“

Der Fehler dieser Theorie ist der Herbartsche. Der Ausdruck Mißbilligung weist auf ihn hin. Hier wie da ist das Urteil auf Kosten der Empfindung allein betont. Wies Herbarts „Mißfallen“ noch auf einen passiven Zustand des Urteilenden hin, so ist die „Mißbilligung“ nur aktiv, nur Urteil. Und doch nennt v. Bar die Mißbilligung notwendig. Entweder ist sie es nun zu irgend welchen dritten Zwecken, oder sie ist notwendig aus der Tat. So sagt er selbst:[37]) „Bei gröblichen Verletzungen der Moral drängt die öffentliche Mißbilligung unaufhaltsam sich hervor.“ Also muß sie aus einem Leiden hervorgehen, ihre Äußerung ein Bedürfnis sein. Ein Urteil aber hat nicht das Bedürfnis, sich zu äußern. Oder wenn ja, so steht dies im umgekehrten Verhältnis zu seiner Selbstverständlichkeit. Große neue Entdeckungen, allgemein unbekannte Dinge mitzuteilen ist der Mensch viel dringender geneigt, als eine allgemein bekannte Sache auszusprechen. Daher müßte gerade bei der scheußlichsten Übeltat, an deren Verwerflichkeit kein Vernünftiger zweifelt, die öffentliche Mißbilligung als Urteil höchst überflüssig scheinen und kein Verständiger es für nötig erachten, sie überhaupt auszusprechen. Aber die sogenannte Mißbilligung drängt sich um so lauter hervor, je unzweifelhafter ihre Berechtigung ist. Und sie drängt sich nicht hervor mit der Miene, ein Verstandesurteil zu fällen, oder öffentlich etwas festzustellen; sie benutzt nicht Maueranschläge, öffentliche Proklamationen oder Zeitungsnotizen, um mit ihrem allgemeinen Bekanntwerden zufrieden zu sein;

---

[36]) S. 360.
[37]) S. 316.

sondern sie verlangt etwas: sie verlangt Strafe. Und geben wir ihr den richtigen Namen, so heißt sie öffentliche Empörung, öffentliche Entrüstung, öffentlicher Hunger nach dem Leiden des Übeltäters.[38])[38a]) Das ist der kategorische Imperativ, von welchem v. Bar sagt[39]): Kants Theorie „ist nichts als einfache Berufung auf das unmittelbare ..... Gefühl". Sein Einwand, es gebe keinen stets sich gleich bleibenden Imperativ, denn die

[38]) Wer freilich, wie Minzloff (vgl. Gretener a. a. O. S. 301) der Ansicht ist, daß die Strafe „unseren heutigen Begriffen widerstrebt", hat nur einen kleinen Schritt zu dem Schlusse „die Gerichte seien im Recht, auch wenn sie einen völlig überführten Verbrecher freisprechen."

[38a]) Dies soll nicht heißen, daß in jedem Falle, wo strafrechtlich eingeschritten werden soll, wirklich die Öffentlichkeit in breiten Schichten von der Übeltat Kenntnis erhalten und sich über sie entrüstet haben muß. Es genügt, daß eine Tat eine solche ist, daß sie bei jedem Vernünftigen, wenn er von ihr erfährt, Entrüstung, Verlangen nach Bestrafung des Übeltäters, erweckt. Hieraus geht einerseits hervor, daß nicht schon das Maß der Entrüstung des Verletzten oder ihm nahe Stehender den Maßstab für die Strafe abgiebt, sondern nur der quantitative Teil seiner Entrüstung, der auch bei jedem nicht selbst Verletzten sich geltend machen würde. Dies ist qualitativ zugleich der Teil, der sich auf die Verletzung des moralischen Gefühls gründet.

Andererseits folgt aus obigem, daß der Kreis der in Betracht kommenden Personen, deren Entrüstung sich bei einem Delikt spontan hervordrängt, nicht nur dadurch schwankt, daß eine Tat bald mehr, bald weniger allgemein bekannt wird, sondern auch dadurch beeinflußt wird, daß die Moralwidrigkeit einer Tat bald mehr bald weniger einleuchtend ist. Der allgemein bekannt gewordene Mord erregt allgemein Entrüstung. Die Übertretung einer Straßenpolizeiverordnung wird von wenigen beobachtet, von der Mehrzahl der Beobachter aber kaum als moralwidrig erkannt. Solange jedoch eine solche Tat noch moralwidrig ist, — beruhe die Moralwidrigkeit auch nur auf zu mißbilligender, fahrlässiger Unkenntnis der Polizeivorschrift oder dessen, was sich öffentlich schickt — solange erweckt sie auch bei denen, die diese Moralwidrigkeit erkennen, Entrüstung — ein für geringfügige Fälle fast zu starker Ausdruck — und ist echte strafbare Übeltat. Inwieweit es sich jedoch rechtfertigen läßt, darüber hinaus Polizeistrafen im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gegen Personen wegen Taten oder Unterlassungen, an denen eine moralische Verschuldung ihnen nicht zur Last fällt, zu verhängen, das ist Frage des öffentlichen Rechts im Allgemeinen, nicht jedoch mehr Frage des Strafrechts. Eine solche Polizeistrafe würde keine Strafe im Sinne des Strafrechts mehr sein. Ebenso v. Bar a. a. O. § 110.

[39]) S. 242.

Ethik unterliege ständiger Entwickelung, trifft nur den Inhalt, nicht die Form des Imperativs, denn dieser kann sich mit seinem Inhalte der jederzeit herrschenden Ethik anpassen. Es will mir scheinen, daß der Grundsatz Kants über Art und Grad der Bestrafung ernsthafter Betrachtung im Lichte einer als wandelbar erkannten Moral nicht stichhalten könne: ihn trifft v. Bars Einwurf ins Herz. Aber die obigen Ausführungen haben durchweg nur nach dem Grunde, nicht nach dem Grade der Strafe gefragt, getreu ihrem Ausgangspunkte, dem Antragsrechte. Denn das Erfordernis des Strafantrages hat mit dem Strafmaße nichts zu tun.

v. Bars Mißbilligungstheorie — welche wir unter der Modifikation, daß unter Mißbilligung nicht nur das aktive Urteil, sondern auch der passive Zustand der Entrüstung zu verstehen sei, angenommen haben — wird scharf kritisiert durch Geyer.[40]) Er ist damit einverstanden, daß man bei Begründung der Strafe von der ethischen Tatsache der Mißbilligung gewisser Handlungen auszugehen habe, bestreitet aber, daß sich aus dem allgemeinen Satze, daß Unsittliches Mißbilligung hervorrufe, spezifisch Strafrechtliches deduzieren lasse.[41]) Es ist zu bemerken, daß auch v. Bar Verletzungen der Moral nur strafen will, wenn sie sich in einer Übeltat geäußert haben. Indem Geyer im Folgenden gegen die Auffassung v. Bars, (welche allerdings nicht einwandsfrei ist) zu Felde zieht, daß die Gerechtigkeit sich in der Gleichmäßigkeit der Behandlung gleicher Fälle erschöpfe, beweist er, daß er unter „Gerechtigkeit" Verschiedenes versteht. Die Gerechtigkeit, „welche man auch Vergeltung nennen kann",[42]) kann nicht dieselbe sein, welche in dem Zusammenhange: „Verstoß gegen die Idee der Gerechtigkeit durch eine Übeltat" gemeint ist.[43])

[40]) Kritische Vierteljahresschrift Bd. 24 (N. F. V), S. 432.

[41]) Da für das Strafrecht „nicht der Begriff einer Verletzung der Moral überhaupt, sondern der eines Verstoßes gegen die Idee der Gerechtigkeit insbesondere durch eine Übeltat als grundlegend zu betrachten sei." S. 433. Hiermit scheint mir der Absatz 3, Seite 432 am Ende zu widersprechen. Es liegt wohl eine Ungenauigkeit vor.

[42]) S. 434.

[43]) Vgl. auch Geyer, Grundriß, S. 4 III: „Idee der Vergeltung" („Gerechtigkeit"). Geyer steht wie die meisten Neueren auf einem vereinigenden

Jedenfalls und damit kehren wir zu den zum Ausgang gewählten Worten Merkels zurück — herrscht heute darin Einigkeit, daß der Grund der Strafe in der Tat selbst liegt, und die der Tat entsprechende Strafe nennen wir gerechte Strafe. Nur bezüglich der Möglichkeit, Tat und Strafe mit einander zu vergleichen, herrscht Streit. Nach der hier vertretenen Ansicht ist das, worauf beide wirken, zu ihrer Vergleichung geeignet, und das ist das moralische Empfinden, oder das Gerechtigkeitsgefühl, kurz, das Gefühl. Die Empörung ist in ihrer Intensität nichts Absolutes, sondern relativ der Tat, bezw. des Abstandes

---

Standpunkt zwischen den absoluten und relativen Theorien. Ihm ist wie Meyer, Merkel, Lißt und besonders Berner der Grund der Strafe die notwendige Vergeltung der Übeltat, neben welcher verschiedene Zwecke Maß und Art der Strafe bestimmen.

Vergleiche besonders die Zusammenstellung bei Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., Berlin 1895, S. 17f.

v. Lißt, Lehrbuch § 16, I (S. 82) bricht über alle absoluten Theorien wie folgt den Stab: „Der Rechtsgrund der staatlichen Strafe liegt in ihrer Notwendigkeit für die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung.

. . . . . Es ist völlig verfehlt, ... den Rechtsgrund der Strafe . . . . in einer jenseits des wissenschaftlichen Erkennens gelegenen Grundlage zu suchen; metaphysische Spekulation vermag eine wissenschaftliche Lösung des Problems der Strafe nicht zu geben; und es bedarf einer solchen metaphysischen Grundlegung auch nicht, solange die Notwendigkeit der Strafe für die Rechtsordnung nicht bestritten werden kann und nicht bestritten wird. Auch in diesem Satze ist die heutige Wissenschaft einig." In Anmerkung 4 hierzu heißt es dann: „Abzulehnen daher . . . . . Kants Zurückführung der Strafe auf den kategorischen Imperativ als eines Postulats der praktischen Vernunft." Was tut aber Lißt anderes, als sich gerade mit diesem Postulate zu begnügen, wenn er eine Erklärung über die allgemein anerkannte Notwendigkeit der Strafe für die Rechtsordnung hinaus nicht giebt. Gewiß ist die Strafe nötig zur Aufrechthaltung der Rechtsordnung — wir sprechen von der Rechtsstrafe. Die Disziplinarstrafe ist nötig zur Aufrechterhaltung der Disziplin, die Schulstrafe zur Aufrechterhaltung zur Schulordnung, die Weltstrafe zur Weltordnung, kurz Strafe ist nötig zur Ordnung. Was ist damit gesagt als: „Strafe ist nötig?" Die Frage bleibt: „Warum ist sie nötig?" Oder sagen wir ruhig: „Warum ist die Strafe nötig zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung?" Die Antwort: „Das ist allgemein anerkannt" ist nichts, als eine Beruhigung bei einem kategorischen Imperative.

v. Lißt berücksichtigt mit Vorliebe die Generalprävention, S. 68: Die Strafdrohung wende sich an die Gesamtheit der Rechtsgenossen, ähnlich S. 86.

der Tat von der jeweiligen Moral.[44]) Die Strafe, welche relativ der Empörung ist — d. h. diese Empörung sinnlich befriedigt — wird der Tat gerecht. Daher hängt diese Gerechtigkeit (des Strafmaßes) von der nach Zeit und Sitte wechselnden Wertschätzung menschlichen Leidens ab. Eine Zeit, die den Tod für etwas Entsetzliches hält, perhorresziert die Todesstrafe, (obgleich sie andererseits den Mord besonders verabscheut); eine andere Zeit oder ein härteres Volk wendet sie mit Vorliebe an, ja kann sich garnicht genug tun in Verschärfungen derselben. Auch mit dem Empfinden des Einzelnen wechselt das, was als Strafe gerecht erscheint: Daher strenge und milde Richter, strenge und milde Erzieher, ohne daß der eine oder der andere deshalb „ungerecht" ist.

Hier gilt in gewissem Maße der Satz v. Bars: Der Täter ist zur Disposition der Gesellschaft. Hierin liegt auch eine besonders wohlgefällige Demütigung des Verbrechers, welcher nicht trotzig das ihm Gebührende fordern darf („und nicht mehr oder weniger") sondern seine nach diskretionärem Ermessen zu verhängende Strafe abzuwarten hat. Denn dies ist die zweite

---

Vgl. hierzu Max Ernst Meyer, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50, Breslau 1903. Merkels Standpunkt, dessen Vergeltungsgedanken er als zur Generalprävention abgeschwächt dartut, schildert v. Lißt unter völliger Billigung wie folgt: „Durch die im Strafvollzuge enthaltene eindringliche Wiederholung des sozial-ethischen Unwerturteils über die Tat, das bereits in der Strafdrohung mit besonderem Pathos ausgesprochen war," (wozu also die Wiederholung des so pathetisch bereits einmal ausgesprochenen Urteils!) „soll den psychischen Wirkungen des Verbrechens, der durch dieses verursachten Erschütterung der Rechtsordnung und des Rechtsbewußtseins entgegengetreten, die Macht der Rechtsordnung bewährt, das Rechtsbewußtsein des Volkes gekräftigt werden." Es ist nichts Neues, hiergegen einzuwenden, daß die Macht der Rechtsordnung, welche einmal nicht imstande war, das Verbrechen zu hindern, durch die nachträgliche Gewalttat der Strafe nur sehr unrühmlich bewährt wird, und daß das Rechtsbewußtsein des Volkes mangels anderer Überlegungen besser durch eine öffentliche Vorlesung über das Unrecht des Verbrechers als durch eine neue Rechtskränkung — diesmal gegen den Verbrecher, — gekräftigt werden zu können scheint.

[44]) Das Recht ist nichts anderes als die Moral des Gemeinwesens v. Bar a. a. O. S. 312.

Seite des Maßstabes, welche mit der ersten in inniger Wechselwirkung steht: Die Wirkung von Tat und Strafe auf das Gefühl des Verbrechers. Die Tat wirkt auf ihn in Form des Triumphes; die Strafes demütigt.[45]) Die dem Triumph entsprechende Demütigung ist gerechte Strafe. Da niemand in das Herz des Täters sehen kann, ist dieser Maßstab noch leichter verfehlt als der erste. Heuchlerische Reue verführt leicht zu unverdienter Milde. Doch erhellt hier sofort die innige Beziehung zwischen unserer Entrüstung und dem Triumphe des Täters bezw. den Anforderungen unserer Befriedigung und seiner Demütigung, in dem gerade die Vorstellung des Triumphes uns empört, und wir befriedigt sind, wenn wir genügend gedemütigt zu haben glauben. Nachdem wir so den absoluten Strafgrund festgelegt haben, können wir ohne Gefahr auch zur Betrachtung einiger Nebenwirkungen schreiten, welche sich als geeignet erweisen, unsere Freude am Strafgesetze zu steigern. Jetzt erweist sich das Bestehen der Strafdrohung, soweit sie bekannt wird, von segensreichem Einfluß sowohl auf das Gefühl der Tatlüsternen als auf das der friedlichen Rechtsgenossen: denn schon die Vorstellung der auf die Tat folgenden Strafe befriedigt und demütigt je nach Bedarf: ohne daß dieser Bedarf und das Bekanntwerden der Strafdrohung als Zweck und Grund der Strafe zu erachten ist: so wenig wie der schöne Einband eines Buches dieses seiner Bestimmung nach als Zimmerschmuck stempelt. In derselben Weise bessert auch die Strafe. Ja man kann Besserung, Sicherung, Abschreckung als Prüfsteine der Gerechtigkeit einer Strafe verwenden, indem man unbedenklich den Satz proklamiert: eine wahrhaft gerechte Strafe bessert, sichert und schreckt ab; ohne daß dies ihre Zwecke sind. Es sind ihre willkommenen Begleiterscheinungen. Noch ein Schlußwort über die Vergeltung. Sie hat den Sinn, daß der Täter durch die Übeltat im Allgemeinen nicht besser gestellt werden darf als der Verletzte; sonst bleibt die Schadenfreude und der Triumph auf seiner Seite, daher das Leiden des Täters sich nach dem Schaden, den er angerichtet

---

[45]) Vgl. Sonntag, Beiträge zur Lehre von der Strafe, v. Lißts Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 1, S. 480ff., bes. S. 513.

hat, richten muß. Dies ergibt als Vergeltungsidee wie den Grund der Strafe so die Grenze ihres Maßes nach oben und unten. Doch ergibt sich hieraus auch zugleich, daß die Vergeltung allein sich zum Richtmaße der Strafe nicht eignet. Die Vergeltung als reines Prinzip führt zur Talion und ergibt praktisch unbefriedigende Resultate.[46]) Im Vorhergehenden ist hauptsächlich von dem Grunde der Strafe gehandelt worden. Soll hiernach ihr Wesen erläutert werden, so muß die Erklärung lauten: Strafe ist das Übel, welches wir, gedrängt durch unser moralisches Empfinden, gegen einen Übeltäter verhängen,[46a]) und wenn nach der Rechtsstrafe gefragt wird, so lautet die Antwort: „Rechtsstrafe ist das Straf-Übel, welches von den Gesetzen als richtigem moralischen Empfinden entsprechend anerkannt wird."

Wenn wir nun als Merkmal des materiellen Strafgesetzes im Gegensatze zum formellen aufstellen, daß ersteres von der

---

[46]) Ich will dieses Thema nicht verlassen, ohne auf A. Merkels Aufsatz: „Über das gemeine deutsche Strafrecht von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1881, S. 553 ff.) Bezug genommen zu haben, in welchem Merkel zwecks Widerlegung der Meinung, daß aus dem Determinismus die Beseitigung des Strafrechts und der Strafjustiz folge sich auf die Empfindung des Menschen beruft, welche das Prinzip der Verantwortlichkeit rechtfertige und fordere. Er sagt: „Ich halte die Bemühungen aller derer, welche unter Berufung auch die deterministische Ansicht das Prinzip der Verantwortlichkeit aus unserem Recht ausmerzen und demgemäß die Strafjustiz beseitigen bezw. mit der öffentlichen Krankenpflege zusammenwerfen wollen, für gänzlich verfehlt und geradezu für töricht. Letzteres um deswillen, weil die betreffenden Gelehrten . . . . . , bemerken müßten, daß sie sich beständig selbst dementieren, weil sie . . . . . . in dem Spenden von Beifall und Lob und in der Äußerung von Entrüstung . . . . in dem Verlangen von Genugtuung für erlittene Kränkung usw. implicite das Prinzip der Verantwortlichkeit zur Voraussetzung nehmen, und die Macht desselben . . . . . . in der freudigen Empfindung, deren sie sich nicht erwehren können, wenn irgendwo wahres Verdienst seinen Lohn, Schurkerei ihre Strafe findet, erfahren müssen." — Vgl. ferner noch Lammasch, Zeitschrift für d. ges. Strafrechtsv. Bd. 9, S. 427: „Genugtuung, d. h. Befriedigung für sein Bedürfnis nach Vergeltung des Übels."

46a) Vgl. hierzu die sich aus Herbarts Worten ergebende Begriffsbestimmung der Strafe. S. o. zu Anm. 22a.

gerechten Strafe und grundsätzlich von keiner anderen Gerechtigkeit als der Gerechtigkeit der Strafe handelt, letzteres dagegen das Strafrecht und jede konkrete Strafe nur dadurch beeinflußt, daß es andere berechtigte Interessen,[47]) nicht aber eigentlich das Interesse der gerechten Strafe hervorhebt und so geradezu jene anderen Interessen dem Interesse der Strafgerechtigkeit entgegenstellt, so müssen wir nun vor allem fragen: Was ist gerechte Strafe? Denn die Gerechtigkeit ist weder der Grund der Strafe (es sei denn damit das Gerechtigkeitsgefühl gemeint) noch ist sie eine wesentliche Eigenschaft derselben. Es gibt auch ungerechte Strafe; wenn ein Übel in strafender Absicht gegen einen nur vermeintlichen Übeltäter verhängt wird, so ist dies auch Strafe, und nicht nur Übeltat; sie ist aber ungerecht.[48]) Gerechte Strafe ist die aus gerechter, d. h. berechtigter oder gerechtfertigter Entrüstung verhängte Strafe, welche also einem dem Grunde nach berechtigten moralischen Empfinden entspricht. Hierzu gehört außer der konkreten Täterschaft des zu Bestrafenden die wirkliche und nicht nur vermeintliche Moralwidrigkeit der Tat. Mit der Moral wandelt sich daher im Laufe der Zeiten das Gebiet der Gerechtigkeit, da zu keiner Zeit aber die Gebote der Moral unbestritten feststehen, sondern in ewigem Flusse sind, werden auch stets Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine bestimmte Tat moralwidrig, ob eine bestimmte Strafe gerecht sei, vorhanden sein. Diese Zweifel soll für das staatliche Strafrecht das materielle Strafgesetz entscheiden, indem es als Moral des Gemeinwesens festsetzt, welche Handlungen moralwidrig sind und welches Maß der Entrüstung, daher welches Maß der Strafe dem richtigen moralischen Empfinden entsprechen. Die materiellen

[47]) so besonders das Interesse, daß nicht ein Unschuldiger bestraft werde, ferner Interesse der persönlichen Freiheit oder der Sicherheit des Staates 2c.

[48]) Da der Grund der Strafe das Gefühl des Strafenden ist: er ist empört, — wenn auch ohne jeglichen Grund — seine Tätigkeit ist Wehetun zum Zwecke der Befriedigung des Moralgefühls. Nach dem Gefühle des unverdient Gestraften ist das erlittene Übel freilich nicht Strafe, sondern Unrecht. Das dadurch hervorgerufene moralische Leid wird aber meist durch nachträgliche Schadloshaltung und Rehabilitation aufgehoben, ohne daß etwa eine Vergeltung, eine Bestrafung des (unwissentlich) ungerechten Richters erforderlich wird.

Strafgesetze basieren daher auf der Feststellung der Moralwidrigkeit einer Handlung [49]) und geben Antwort auf die Frage: „Was ist gerechte Strafe?“ Gerechte Strafe im Rechtssinne ist daher die dem materiellen Strafgesetze entsprechende Strafe. Letzteres ist aber das Gesetz, welches sich bemüht, die dem richtigen Moralempfinden entsprechende Strafe festzustellen. Wie alles Menschenwerk Stückwerk ist, so kann auch die gerechte Strafe im Rechtssinne mit dem tatsächlich bestehenden richtigen, d. h. herrschenden oder vom Standpunkt der Menschheitserhaltung vernünftigen Moralgefühl widerstreiten: es kann die gesetzliche Strafe ungerecht sein, weil das materielle Strafgesetz schlecht ist. Trotzdem ist das materielle Strafgesetz daran zu erkennen, daß es sich bemüht, moralisch gerechtfertigte Strafe festzusetzen.

Ein gerechtes Urteil kann also grundsätzlich nie unter Verletzung der materiellen Strafgesetze ergehen. Dagegen bewirkt eine Verletzung formeller Vorschriften nicht an sich ungerechte Strafe. Z. B. ein nach den Auslieferungsverträgen wegen einer anderen Handlung, als deretwegen er ausgeliefert ist, nicht zu verfolgender Übeltäter [50]) ist unter Außerachtlassung dieser Vorschrift auch wegen eines anderen Delikts, als des der Auslieferung zu Grunde liegenden Delikts, abgeurteilt worden, während er noch in der durch die Auslieferung eingeleiteten Haft war. Die Strafe ist gerecht. Dem Auslieferungsvertrage wäre genügt gewesen, wenn der Delinquent nach Abbüßung der Straftat, derenwegen er ausgeliefert war, eine kurze Zeit tatsächlich in Freiheit gesetzt worden wäre, alsdann wäre nach ihm aufs Neue gefahndet und jene vorzeitig erkannte Strafe ausgesprochen worden. Die Strafe ist also vom Gesetze gewollt. Jener Auslieferungsvertrag enthält also in dieser Vorschrift rein formelles Strafrecht.

Der Fall eines fehlenden Strafantrages liegt wesentlich anders. Mein Freund ist in übermütiger Laune nächtlich in

[49]) vgl. v. Bar a. a. O. S. 336, 337.

[50]) vgl. Art. VII Abs. 1 des deutsch-englischen Auslieferungsvertrages vom 14. Mai 1872. Dieser Fall dürfte in v. Kries' Aufzählung der Fälle der „Unzulässigkeit der Strafverfolgung“ (Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, Band 5, S. 13) als Nr. 12 einzureihen sein.

mein Schlafzimmer durchs offene Fenster eingestiegen, um mich zu weiterem Schwärmen abzuholen, — ohne mich aufzufinden. Beim Verlassen des Zimmers wird er auf der Straße von einem Schutzmann angehalten, in der Folge angeklagt und verurteilt, ohne daß ich von der ganzen Sache etwas erfahren oder gar Strafantrag gestellt habe. Die Strafe ist ersichtlich ungerecht. Denn nicht nur unterscheidet sich dieser Fall von dem obigen dadurch, daß bei meiner Abneigung, Strafantrag zu stellen, überhaupt nicht Strafe ausgesprochen werden durfte, also für das Gericht nicht ein dilatorisches, sondern ein peremptorisches Hindernis bestand,[51]) sondern es hat tatsächlich keine Entrüstung erregende Handlung vorgelegen. Es wird natürlich nicht angenommen, daß der Freund einstieg in der Annahme, ich sei damit einverstanden. Er mag sogar genau gewußt haben, daß ich, wenn ich ihn bemerken würde, das Fenster schließen würde, um ihn fern zu halten. Aber bei dem nahen Freundschaftsverhältnis ist in dem unbefugten Eindringen, in dem vollerfüllten Tatbestande des § 123 eine moralwidrige Tat nicht zu erblicken. Und eine solche Tat will auch das Gesetz nicht als moralwidrig stempeln,[52]) daher es hier auch keine Strafe verhängen will. Die Bestrafung ist also ungerecht. Dann muß sie aber das materielle Strafrecht verletzen, und die verletzte Norm ist der Satz: „Die Verfolgung findet nur auf Antrag statt.“ Dieser Satz muß also materiellen Rechts sein. So wäre denn der Strafantrag im Institut des materiellen Strafrechts, vorausgesetzt, daß die dem Gesetze soeben abgehorchte Absicht tatsächlich überall besteht, daß es mit dem Erfordernisse des Strafantrages nicht nur schlechthin der Gerechtigkeit dienen will — das will es immer, nämlich berechtigte Interessen schützen — sondern daß es auch der Gerechtigkeit der Strafe dienen will; — das will es nicht immer, sondern, da es vielfach sich widerstreitende verschiedene Interessen miteinander in Einklang zu bringen hat, muß es manchmal irgend ein an sich berechtigtes

[51]) Damit wäre an dem rein formellen Charakter des Hindernisses eventuell noch nichts geändert.

[52]) Das Gesetz gehört nicht zu jenen unleidlichen Leuten, die, wie man sagt „keinen Spaß verstehen“.

Interesse, z. B. die Gerechtigkeit der Strafe, zu Gunsten eines ihm wichtiger erscheinenden anderen Interesses außer Acht lassen.[53]) Wenn man daher das Institut des Strafantrages für materielles Strafrecht soll ansehen dürfen, so muß die Absicht des Gesetzgebers bei Aufstellung dieses Erfordernisses dahin gegangen sein, die Gerechtigkeit der Strafe zu fördern, d. h. die zu verhängende gesetzliche Strafe mit den Anforderungen des moralischen Empfindens in Einklang zu bringen, oder, — da es sich hier nicht um Maß und Art, sondern um Sein oder Nichtsein der Strafe handelt, — den Kreis der zu bestrafenden Taten mit dem Kreise der moralisch zu mißbilligenden Entrüstung erregenden Taten in Übereinstimmung zu bringen.

Dies ist aber, wie sich aus einem Überblick über den Kreis der Antragsdelikte ergibt, nicht überall der Fall; in anderen Fällen trifft es freilich zu, sodaß es gerechtfertigt erscheint, die Antragsdelikte in zwei Gruppen zu scheiden: in solche, bei denen der Antrag (auch!) materiell, und solche, bei denen er nur formellen Rechts sein kann. Daß er im ersten Falle beides sei, ist begrifflich nicht ausgeschlossen.[54])

Ein Beispiel für Antragsdelikte, welche nicht aus Erwägungen der Strafgerechtigkeit, sondern aus für das Strafrecht nur formellrechtlichen Erwägungen zum Schutze anderer berechtigter Interessen zu solchen gemacht sind, war die Bestrafung der Notzucht auf Antrag. Man ging, als man die Notzucht zum Antragsdelikt machte, nicht davon aus, daß in vielen Fällen die Bestrafung der Notzucht nicht mit der Moral in Einklang stände und daß daher Fälle, in denen gestraft werden müßte und dürfte, durch Antrag der Genotzüchtigten klar gestellt werden müßten, sondern man wollte das berechtigte Schamgefühl, Familieninteressen &c., welche durch ein öffentliches Verfahren gefährdet würden, schützen. Man entzog absichtlich den Verbrecher der Strafe, welche die Entrüstung verlangt, um anderer berechtigter Interessen willen. Dieses Antragserfordernis hat daher mit dem materiellen Strafrecht, mit der Gerechtigkeit der Strafe nichts zu tun, im Gegen-

[53]) vgl. Geyer, Krit. V. Schr. Bd. 24, S. 436, v. Bar a. a. O. S. 436.

[54]) a. M. Bennecke-Beling, Lehrbuch des Reichsstrafprozesses S. 11.

teil, es hindert die gerechte Strafe. Ebenso ist es noch heute mit der Verführung der unbescholtenen noch nicht Sechzehnjährigen.

Die Verfolgung der Beleidigung nur auf Antrag läßt sich teilweise aus dem Gesichtspunkte der Rücksichtnahme auf den Beleidigten begründen. Ersichtlich fällt der Hausdiebstahl des Dienstboten unter die Kategorie des materiell-rechtlichen Strafantrages, während der Diebstahl des Hauskindes sich wieder aus beiden Gesichtspunkten als Antragsdelikt rechtfertigt. In solchen Fällen ist der Strafantrag aber stets als auch materiell-rechtliches Institut anzusehen, weil das Gesetz durch ihn auch um der Gerechtigkeit der Strafe willen den Kreis der zu bestrafenden Handlungen einschränkt.

Wo der Strafantrag materiell-rechtlich ist, stellt er eine Vorentscheidung des „Verletzten"[55]) dar, daß die nach ihrem äußeren Ansehen auf der Grenze zwischen Moralwidrigem und Erlaubtem stehende Tat eine solche ist, die soweit in das Gebiet des Moralwidrigen hineinreicht, daß sie Strafe verdient; es ist eine Vorentscheidung des Verletzten darüber, daß die Tat Entrüstung erregt oder besser, die Kundgebung der eine Strafe rechtfertigenden und nötig machenden Entrüstung. Wo der Strafantrag nicht diese Bedeutung hat, sondern mit Rücksicht auf andere Interessen bes. des Verletzten erforderlich ist, offenbart er, daß diese Interessen nicht stark genug sind, um der Strafgerechtigkeit hindernd in den Weg treten zu dürfen. Er offenbart damit ein Überwiegen der Entrüstung über jene anderen Interessen, aber nicht das Maß der Entrüstung, nicht die Höhe der Strafe soll von dem Antrage abhängig sein, sondern die Verhängung der Strafe überhaupt. Daß Entrüstung vorhanden ist, daß die Tat empörend sei, wird bei dieser zweiten Gruppe nicht bezweifelt, sondern vorausgesetzt. Zuwider der Strafe heischenden Gerechtigkeit wird bei dieser Gruppe anderen Interessen Rechnung getragen. Der Antrag ist hier eine Erklärung, daß

[55]) Auch das Gesetz spricht von dem „Verletzten", obgleich doch zur Zeit der Antragstellung noch garnicht klar ist, daß eine „Verletzung" tatsächlich vorliegt. Trotz Antrag des Verletzten kann Freisprechung erfolgen, weil dieser eben garnicht verletzt ist.

diese Interessen nicht vorhanden seien; er ist der Verzicht auf diese. In jedem Falle aber ist der Antrag Prozeßvoraussetzung und damit formellen Rechts. (v. Kries a. a. O.). Damit dürfte im Wesentlichen die Meinung v. Lißt's hier angenommen sein. Ähnlich teilt auch Stoß[56]) die Antragsdelikte in zwei Gruppen ein, will jedoch für beide Gruppen die nämlichen Grundsätze als gerechtfertigt ansehen, während die völlig gleiche Behandlung der beiden Gruppen vielleicht bedenklich ist.[57])

H. A. Zachariä[58]) zählt drei Gesichtspunkte, nach denen sich die Antragsfälle motivieren und dementsprechend zu normieren seien:

1. Verbrecher, bei denen die vom Staate zu verhängende Bestrafung des Täters mehr den Charakter einer Privatsatisfaktion des Verletzten behält usw.

2. In einer anderen Reihe von Fällen sei zwar nicht zu verkennen, daß das Delikt im allgemeinen zu denen gehört, welche im Interesse des Staates bestraft werden müssen. Allein durch das besonders nahe Verhältnis des Täters zum Verletzten werde die rechtliche Bedeutung des Vergehens geändert. Diese beschränkte sich zunächst auf eine engere Sphäre als die des Staates ist, nämlich die der Familie ...... und es sei voraus zu setzen, daß die in ihrer Sphäre selbständige waltende Familiengewalt ..... zur Ahndung solcher Vergehen als ausreichend zu betrachten sei.

3. Ganz verschieden ..... sei eine dritte Klasse von Fällen, wobei eine erhebliche Rücksicht auf den Verletzten selbst ...... usw. ..... für den Staat die dringende Anforderung begründen, nicht unaufgefordert ..... die Sache in strepitum indicii zu ziehen.

---

[56]) Zur Natur des Strafantrages, Jur. Zt. Band VII, S. 143.

[57]) Es erschiene unbefriedigend, dergestalt für ein Institut mehrere verschiedene Motive gefunden zu haben, wenn nicht die Wissenschaft stets als Gründe des Antragserfordernisses Mehreres angegeben hätte, sodaß es wohl berechtigt erscheint, anstatt aus der (vermuteten) Einheitlichkeit des Instituts die Erwünschtheit eines einheitlichen Grundes zu folgern, vielmehr von der Verschiedenheit der Gründe auf die wesentliche Verschiedenheit der nur äußerlich unter dem gleichen Namen zusammengefaßten Institute zu schließen.

[58]) Archiv des Kriminalrechts, 1847, S. 391.

Aus diesen drei verschiedenen Motiven für die Aufstellung des Antragserfordernisses folgert Zachariä nun ganz verschiedene Grundsätze über die Behandlung des Strafvertrages, je nachdem es sich um die einen oder die andern der drei Gruppen handeln.

Diese Einteilung ist nicht ganz zu billigen. In der ersten Gruppe offenbart das Wort: „mehr (den Charakter einer Privatsatisfaktion") eine gewisse Unsicherheit. Mit dem Begriffe der Privatsatisfaktion ist ferner wenig anzufangen. Die Satisfaktion ist ja der Grund jeder Strafe, und es ändert daran, ob gestraft werden soll oder nicht, der Umfang der zu befriedigenden Entrüstung oder die Zahl der entrüsteten Personen nichts. Ist die Tat empörend, so ist sie strafbar. Ob dies nun eine Privatempörung oder eine öffentliche Empörung ist, ist für den Grund der Strafe gleichgültig, sofern die Empörung nur an sich gerechtfertigt ist.

Man wird daher wohl am besten Zachariäs erste beiden Gruppen zusammenfassen als solche, bei der das Bedürfnis der Staatsstrafe noch durch den Antrag zu offenbaren ist. Zachariä will auch diese beiden Gruppen im Gegensatz zur dritten ziemlich gleich behandelt sehen, indem er die Rücknahme des Antrages bei ihnen gestattet, allerdings mit Unterschied. Dieser Unterschied muß aber mit seinem Grunde fallen, sobald wir in der Privatsatisfaktion nichts anderes sehen, als den Grund jeder öffentlichen Strafe.

Noch weniger ist die Auffassung Rebers befriedigend.[59]) Der Antrag des Verletzten oder „Beschädigten" hat mit der Sicherheit oder Gefährdung des Staatswohls nichts zu tun. Erscheint das Staatswohl in höherem Maße gefährdet, wenn es den Absichten des Geschädigten gefällt? Es folgt dann eine schablonenhafte, rein äußerliche Einteilung, die hier nicht zu wiederholen ist.

---

[59]) Antragsdelikte, 1873, S. 9.

„Der allgemeine Gedanke ist wohl der, daß gewisse, obwohl öffentlich strafbare Handlungen ohne Gefährdung des Staatswohles von gerichtlicher Verfolgung und Bestrafung freigelassen werden können, wenn nicht der Beschädigte selbst...... durch ausdrückliche Willenskundgebung die strafrechtliche Verfolgung als auch seinen Absichten entsprechend erklärt hat."

Fuchs[60]) unterscheidet so ziemlich unsere beiden Gruppen, nur daß er als Grund der Strafe in der ersten Gruppe die Beruhigung des Rechtsgefühls des Verletzten angibt und hiervon wie von einem Gegensatze zum öffentlichen Interesse spricht; während Beruhigung des Rechtsgefühls schlechthin als allgemeiner Strafgrund das Rechtsgefühl des Verletzten mit umfaßt und damit nicht den Gegensatz zum öffentlichen Interesse, sondern dieses selbst bildet.

Schütze, (S. 167, 168 bes. Anm. 7) findet den Grund des Antragserfordernisses in der unfindbaren Grenzscheidung zwischen zivilem und strafbarem Unrecht und schiebt das Antragsdelikt als Stoßpuffer zwischen beide. Die Gründe im Einzelnen sind dann ungefähr dieselben wie bei Fuchs ohne eine befriedigende Einteilung zu geben, d. h. ohne daß die Wesenszweiheit des Antrages erhellt. Daher in Anm. 6 der Antrag ein Mischbegriff, in welchem Prozeßrecht und materielles Strafrecht zusammenstoßen, genannt wird.

Hälschner, (Gemeines deutsches Strafrecht, Band 1 S. 709 § 280) kennt nur einen Gesichtspunkt, aus dem sich das Institut des Strafantrages rechtfertige: nur den, welcher den Antrag zu einem rein formellen Gebilde stempeln würde. Nach ihm ist die Rücksicht auf den Verletzten der einzig haltbare Grund des Antragserfordernisses.[61]) Die Hälschner'sche Auffassung ist

---

[60]) Fuchs, Anklage und Antragsdelikte, Breslau, 1873. Er gibt S. 17 eine Aufzählung der verschiedenen Gründe für die Aufstellung des Antragserfordernisses und fährt dann zusammenfassend fort: „Es ist hiernach wesentlich, wenn nicht ausschließlich die Rücksicht auf den durch die Straftat Verletzten, welche den Staat in Ausübung der ihm prinzipiell allein zustehenden Strafgewalt sich zu beschränken veranlaßt und zu dem Erfordernisse eines bestimmten Strafantrages geführt hat. Die Gründe hierfür bestehen also, wie auch Geib, Lehrbuch des Strafrechts, III, § 6 treffend ausführt, ... zum teil darin, daß bei manchen Verbrechen die objektive Gefährlichkeit so unbedeutend erscheint, daß die Strafe hier weniger im öffentlichen Interesse, als vielmehr nur zur Beruhigung des Rechtsgefühls des durch die Tat unmittelbar Verletzten ausgesprochen ist..... Andererseits bestehen diese Gründe darin, daß bei gewissen Verbrechen entweder die persönlichen Verhältnisse des Verletzten oder die Familienbeziehungen desselben in einer Weise berührt werden, daß usw."

[61]) Die einzige einer Ablehnung bedürfende abweichende Auffassung scheint ihm die zu sein, „daß es Delikte gebe, welche vorwiegend die betroffene

jedoch darum ersichtlich einseitig, weil es viele Fälle gibt, in denen der Antrag nicht deshalb unterbleibt, weil es das Interesse des sogen. Verletzten erfordert, sondern weil der „Verletzte" trotz Erfüllung irgend eines gesetzlichen Tatbestandes etwa der Beleidigung oder Körperverletzung ꝛc. garnicht Bestrafung des Täters wünscht, garnicht das Bedürfnis nach Strafe vorliegt, wo also die Stellung des Antrags auf Bestrafung deshalb mit Recht unterbleiben wird, weil es die Gerechtigkeit erfordert. Die Stellung des Antrages würde hier Unrecht, Ungerechtigkeit, sein, weil keine sträfliche, unmoralische, entrüstende Tat vorliegt.

Merkel[62]) kennt unsere beiden Hauptgründe des Antrags-Instituts. Der wichtigere scheint bei ihm der oben als materiell bezeichnete zu sein.[63]) Die Beurteilung erfolgt nach dem Gesichtspunkt: Verdient die Tat Strafe? Dafür, ob dies der Fall ist, fehlen hier, wie Merkel sagt, „in der Regel objektive Anhaltspunkte." Das Antrags-Erfordernis dient also hier dazu, die Ausdehnung des Strafgesetzes auf nicht strafwürdige Taten zu verhüten.

Richtig ferner Meyer,[64]) welcher so ziemlich die hier vertretenen zwei Gründe für das Antragserfordernis angibt. Vgl. auch nach Lehmann,[65]) der eine gute Dreiteilung gibt, welche sich durch Zusammenlegung der ersten 2 Gruppen in unsere Zweiteilung auflöst.

Die Antragsdelikte bilden somit zwei Gruppen, bei deren einer der Antrag mit Rücksicht auf den Verletzten erfordert wird und rein formeller Natur ist, während bei der anderen der Antrag

Privatperson verletzen, die öffentliche Ordnung dagegen in untergeordnetem Maße berühren, bei denen darum der Staat sein Recht und sein Interesse zu strafen dem Interesse des Verletzten unterordnen dürfe oder müsse." Vgl. auch die in Anm. 2 daselbst zu lesende Kritik der Zachariä'schen Einteilung.

[62]) a. a. O. S. 239.

[63]) „Die Bedeutung der Tat für die Gesamtheit kann als abhängig erscheinen von ihrer Wichtigkeit für den zunächst Betroffenen derart, daß dessen Interessen und Empfindungen und folgenweise dessen Verhalten einen natürlichen Maßstab für die Beurteilung des Geschehenen auch für den staatlichen Standpunkt darbieten".

[64]) a. a. O. S. 300.

[65]) Lehre vom Strafantrag S. 737 ff.

dazu dient, das Vorhandensein einer strafbaren Handlung darzutun und von materieller Bedeutung ist; im letzteren Falle ist seine Erforderung materielles Strafgesetz in Form einer Prozeßnorm.[66] [67])

Wenden wir nun dieselben Grundsätze an, um die Natur der Ermächtigung festzustellen, so ist von vornherein wie beim Antrag festzustellen, daß sie Prozeßvoraussetzung und damit jedenfalls auch formeller Natur sei. Die Frage bleibt, ob ihr auch materielle Bedeutung zukomme. Nun scheint es ausgeschlossen, daß bei den Delikten, bei denen sie Erfordernis der Strafverfolgung ist, dem Gesetzgeber die Strafwürdigkeit der Tat in manchen Fällen in Frage gestanden habe.

Wir haben gesehen, daß es sich um Beleidigungen politischer Personen handelt, um Personen, deren Ehre besonders unnahbar, denen besondere Ehrfurcht geschuldet ist. Hier kann beim Vorliegen eines Angriffs auf die Ehre die Strafwürdigkeit der Tat nicht angezweifelt werden. Es kann daher nur die Rücksicht auf die Person des Beleidigten der gesetzgeberische Grund des Ermächtigungserfordernisses sein. Somit wäre die Ermächtigung rein formeller Natur.[68]

[66]) Vgl. die römischen actiones und die P. G. O.

[67]) Eine Zusammenstellung der hauptsächlichsten Meinungen über diesen Punkt s. bei Hausmann a. a. O. S. 34. Zu erwähnen wäre noch etwa Klebs, in Goltdammers Archiv, Band XIX, S. 569 ff., der dem Antrage formelle und materielle Bedeutung zumißt. Beling a. a. O. S. 107 Nr. 8: Strafantrag sei Strafklagerechtsvoraussetzung.

v. Kries a. a. O. S. 11: Antrag die Voraussetzung der prozessualen Geltendmachung des schon entstandenen Strafanspruchs. Olshausen a. a. O. S. 268: Antrag materiell Bedingung der Strafpflicht des Staates, formell Prozeßvoraussetzung. Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozesses, Breslau 1900, S. 11, Anm. 8: „die ganze Lehre vom Strafantrage" sei Prozeßnorm. Herzberg, S. 20 f. Antrag rein prozessual.

[68]) So v. Lißt, Hausmann, Herzberg u. a. Vgl. auch Zachariä, Archiv des Kriminalrechts 1847, S. 395.

Lebenslauf.

Ich, Ernst Friedrich Strauß, geboren am 15. März 1882 zu Breslau, bin der Sohn des Oberlehrers Professor Dr. Moritz Strauß und seiner Ehefrau Katharina geb. Fischer, evangelischer Konfession, Preuße. Ich besuchte von Ostern 1888 bis Ostern 1900 das Johannesgymnasium in Breslau und erwarb dort das Reifezeugnis. Drei Semester studierte ich in Breslau, eins in Lausanne, die letzten zwei wieder in Breslau die Rechte. Am 2. Juli 1903 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 6. Juli 1903 zum Referendar ernannt. Am 16. Januar 1908 bestand ich das mündliche Doktorexamen in Breslau. Zur Zeit bin ich als Referendar bei dem Königlichen Oberlandesgericht in Breslau beschäftigt. Allen meinen verehrten Lehrern spreche ich an dieser Stelle nochmals meinen ergebensten Dank aus.

Ernst Strauß.